RAPPORT SUR LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES DU CANADA SUR LES COMPLOTS : DE 1889 À 2001 ET POUR L'AVENIR

Al Gourley

**(avec la collaboration de
Huy Do, Peter Cho et Viktor Hohots)**

Macleod Dixon, Toronto
Août 2001

TABLE DES MATIÈRES

A. PORTÉE DU RAPPORT

B. CONTEXTE

1. Le dossier canadien d'exécution de la loi

a) Généralités

b) Nombre de poursuites

c) Taux de succès

d) Conclusions

2. La perspective économique

a) Généralités

b) Avantages de l'analyse de l'impact

c) Coûts de l'analyse de l'impact

d) Conclusions

C. MODIFICATIONS PROPOSÉES À LA LOI

1. Aperçu du texte proposé

a) Le volet du critère de l'illégalité en soi

(1) Champ d'application

i) « Accords » et « arrangements »

ii) « Objet » ou « effet »

iii) « Fixer, stabiliser ou influencer de toute autre façon les prix d'un marché ou sur marché »

iv) « Éliminer ou restreindre la capacité, la production ou la fourniture dans un marché, d'un marché ou à un marché »

v) « Empêcher l'expansion ou l'entrée dans un marché »

vi) « Répartir, cesser de fournir ou d'acheter ou influencer de quelque façon les relations de l'une d'entre elles avec un ou plusieurs de ses clients ou de ses fournisseurs dans un marché »

vii) Entre concurrents

viii) « Un marché »

2) Explication de la loi

i) Complots étrangers

ii) Norme de preuve

iii) Chevauchement de certaines dispositions

b) Exemptions

1) Banques

2) Affiliées

(3) Restrictions accessoires, coentreprises et autres

i) Généralités

ii) « Accord », « arrangement » ou « effet » accessoire

iii) « Dont l'objectif principal n'est pas d'avoir l'un des effets »

(iv) « Raisonnablement nécessaires » ou « partie intégrante »

v) « Il n'était pas raisonnablement prévisible ... que l'accord ou l'effet accessoire aurait pour effet de réduire ou d'empêcher la concurrence »

(vi) « L'objectif prédominant de l'accord principal est de réaliser des gains en efficience »

4) Fusionnements et acquisitions d'actifs

5) Autorisations

6) Autres considérations

2. Modifications corrélatives au texte proposé

a) Dispositions criminelles : articles 47, 49 et 61

b) Dispositions civiles : articles 77, 78, 79, 85 à 90 et 92

c) Autres dispositions : articles 29 et 32

D. SOMMAIRE ET CONCLUSIONS

A. PORTÉE DU RAPPORT

En juin 2001, le commissaire de la concurrence (le commissaire) a demandé aux auteurs[1] d'étudier une proposition de modification de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. Il nous a demandé d'étudier un système à deux volets pour traiter des complots, le premier étant le droit civil et le second, le droit pénal. Bien que nous ayons été guidés par le mandat confié, nous soulignons que le commissaire n'a pas suggéré que nous recommandions un système à deux volets.[2] Notre rapport et nos recommandations sont les résultats de notre étude et nous en assumons l'entière responsabilité.

Nous avons entrepris la tâche en nous posant une question fondamentale : les dispositions législatives du Canada sur les complots sont-elles efficaces? Après des recherches et une étude en profondeur (voir l'étude à l'annexe 1), nous avons conclu que la loi n'est pas efficace. Nous avons également conclu qu'elle n'a jamais été très efficace et qu'elle pourrait être encore moins efficace à l'avenir. Notre rapport propose donc un code, ou modèle (appelé « texte proposé »), en vue d'une réforme des dispositions sur les complots. Une grande partie de ce rapport fait ressortir les divers éléments du texte proposé et donne des exemples qui expliquent comment le texte proposé traiterait différents comportements de collusion entre concurrents, par exemple des coentreprises.[3]

Il nous a naturellement été impossible de restreindre nos travaux au seul article 45 et notre rapport touche aussi certaines autres dispositions de la *Loi sur la concurrence*, notamment les articles 46, 61, 77 et 92. Par contre, il ne se penche pas sur les droits d'accès privés, les poursuites civiles, les règles de la preuve ni les sanctions pénales; il ne propose pas non plus une transformation des structures administratives ou judiciaires dans le cadre desquelles se déroulent les enquêtes et poursuites relatives aux complots[4] et les décisions sont rendues. Cela aurait sans doute renforcé notre rapport, mais nous nous en sommes tenus au mandat qui nous avait été confié.[5]

---

1 Nous remercions Huy Do, Peter Cho et Viktor Hohots des efforts qu'ils ont consacrés à la préparatin de ce rapport. De plus, William C. Holmes a gracieusement soumis des observations sur le texte, lesquelles ont, entre autres, aidé à améliorer l'exactitude de nos propos concernant le droit antitrust américain; William Stanbury a prodigué d'utiles conseils sur la réalisation de l'étude qui se trouve en annexe 1; et J. Anthony VanDuzer a suggéré de précieux ouvrages de référence qui auraient autrement pu nous échapper. Le lecteur devrait noter que plusieurs sources primaires ou secondaires sont citées ici dans le cadre de divers passages – hypothèses, arguments, analyses ou exemples. Cela ne traduit pas nécessairement un appui aux arguments ou positions proposés ici; il s'agit uniquement de citations pertinentes à une analyse donnée.

2 Notre rapport ne prend pas en compte – ni donc ne commente – le projet de loi C-472, *Loi modifiant la Loi sur la concurrence (collusion et droit des particuliers de présenter une demande), la Loi sur le Tribunal de la concurrence (dépens et procédure sommaire) et le Code criminel en conséquence*, 2e session, 36e législature, 1999-2000 (ci-après le « projet de loi C-472 »). En effet, nous avons délibérément élaboré le texte proposé sans nous reporter au projet de loi ni à d'autres exemples de textes législatifs innovateurs comme ceux proposés par P.L. Warner et M.J. Trebilcock, « Rethinking Price-Fixing Law », 38 *McGill L.J.* 679 (ci-après « Warner et Trebilcock ») et par T. Kennish et T.W. Ross, « Toward a New Canadian Approach to Agreements Between Competitors », [1997] *Can. Bus. L.J.* 22 (ci-après « Kennish et Ross »), afin de donner une nouvelle perspective du sujet.

3 Nous utilisons dans le présent rapport l'expression « coentreprise » pour désigner toute forme de comportement coopératif formalisé par un accord ou un arrangement qui suppose (i) le contrôle commun par les participants des activités de la coentreprise; (ii) une contribution commune à la coentreprise, que ce soit sous forme de fonds, d'éléments d'actif matériels, de propriété intellectuelle, de services ou autres; et (iii) des activités d'une portée limitée et définie au plan commercial. Notre définition est semblable à celle qui se trouve à l'article 112 de la *Loi sur la concurrence*, L.R. 1985, ch. C-34 (ci-après la *Loi sur la concurrence*). Voir aussi la *Loi sur la concurrence*, alinéas 95(1)*b*), *c*) et *c*); le projet de loi C-256, *Loi encourageant la concurrence, prévoyant la règlementation générale du commerce, favorisant l'honnêteté et la loyauté sur le marché, créant un Tribunal des pratiques de concurrence et le poste de commissaire, abrogeant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et modifiant en conséquence la Loi sur les banques*, 3e session, 28e législature, 1970-1971, art. 2(1) ("coentreprise") (ci-après le « projet de loi C-256 »); et la *Loi sur Investissement Canada*, L.R. (1985), ch. 28 (1er suppl.), art. 3 (« coentreprise »).

4 Le terme « complot » est utilisé dans le présent rapport pour désigner tout accord ou arrangement entre ou parmi au moins deux concurrents, qui pourrait correspondre aux termes de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* (si on le lit en faisant abstraction des mots « indûment » et « déraisonnablement »); du § 1 du

B. CONTEXTE

1. Le dossier canadien d'exécution de la loi

a) Généralités

La première loi canadienne sur la concurrence a été déposée par le Parlement en 1889; elle s'intitulait « Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce ».[6] La loi a été adoptée dans un contexte de common law où les conspirateurs pouvaient demander l'aide des tribunaux canadiens pour forcer les « tricheurs » à respecter des ententes formelles de fixation des prix ou de restriction de production.[7] La loi visait les complots restreignant le commerce et, en particulier, les ententes de fixation des prix ou de limitation de la production. Les éléments fondamentaux de la législation sur les complots n'ont que très peu changé depuis 1889.[8]

Le dossier canadien d'exécution de la loi sur les complots entre 1889 et 1990 a été étudié en profondeur par Stanbury et d'autres auteurs. Voici certaines des statistiques recueillies grâce à leurs efforts :

- de 1890 à 1969 (période pour laquelle des statistiques sont disponibles), 70 poursuites pour complot ont été entreprises au Canada, comparativement à plus de 1250 aux États-Unis[9];
- de 1889 à 1983, la Couronne a « gagné » 84 des 112 (75 p. 100) poursuites pour complot qui ont été entreprises.[10]

Il est toutefois nécessaire d'étudier ces statistiques plus à fond pour en saisir toute l'importance.

Sherman Act, 15 U.S.C.; ou de l'article 81, paragraphe (1) du *Traité instituant la Communauté européenne*, 25 mars 1957, 298 R.T.N.U. (ci-après le « *Traité de Rome* »), quel que soit l'impact d'un tel accord ou arrangement sur la concurrence. Nous reconnaissons la portée potentielle de notre définition, mais estimons qu'elle n'a guère d'incidence.

5 Une des mesures qui auraient renforcé le présent rapport aurait été de récrire la *Loi sur la concurrence* au complet pour démontrer comment les dispositions actuelles de la Loi pourraient être révisées afin d'accommoder le texte proposé. Il est du reste de notre avis que la *Loi sur la concurrence* a subi de grands dommages au plan de l'intégrité linguistique au cours de décennies de modifications à la pièce, si bien qu'il serait plus que temps de la reformuler de façon exhaustive.

6 S.C. 1889, ch. 41.

7 *Ontario Salt* c. *Merchant Salt Co.*, (1871) 18 Gr. 540.

8 La plupart des changements qui ont été effectués visaient à clarifier la loi. Voir Kennish et Ross, note 2, *supra*, p. 23.

9 Voir Stanbury, W.T., « Chapter 6 – Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform », dans Khemani, R. S. et W. T. Stanbury, dir., *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary* (Halifax, Institut de recherche en politiques publiques, 1991) 61, p. 128 (ci-après « Stanbury »). Entre 1991 et 1999 (une période plus récente, pour laquelle existent des statistiques), le Canada a connu 22 cas en comparaison de plus de 500 aux États-Unis. Voir U.S. Department of Justice, « Antitrust Division Workload Statistics: FY 1991-2000 », à www.usdoj.gov/atr/public/7344.htm (consulté le 6 août 2001); Chandler, H. et R. Jackson, *Au-delà de l'amusement et de la détente : Le traitement des complots en vertu de la Loi sur la concurrence du Canada*, à http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct01767f.html?enp=1 (ci-après « Chandler et Jackson »). Nous notons que jusqu'en 1900, seuls les complots dits illicites étaient illégaux, ce qui rendait la législation canadienne impossible à appliquer. Voir Stanbury, *ibid.*, p. 63.

10 Green, C., *Canadian Industrial Organization and Policy*, 3e ed. (Toronto, McGraw Hill Ryerson, 1990) p. 250-51 (ci-après « Green »).

b) Nombre de poursuites

Le faible nombre de poursuites au Canada semble montrer clairement que le Canada a été moins empressé que les États-Unis à soumettre les infractions de complot aux tribunaux. L'une des raisons de cette différence est évidemment la taille respective des économies des deux pays. Stanbury avance néanmoins que le ratio de 18:1 ne reflète pas celui des tailles relatives de nos deux économies (approximativement 10:1); il avance en outre que le ratio devrait même être inférieur à celui de la taille relative des deux économies parce que le *nombre de marchés* et la *diversité des industries* au Canada sont beaucoup plus grands, en pourcentage, qu'aux États-Unis.[11]

On pourrait aussi expliquer le faible nombre de poursuites pour complot au Canada par rapport aux États-Unis en disant que les procureurs de la Couronne canadiens ont mieux filtré les cas qui n'ont pas d'incidence sur la concurrence et ne doivent donc pas faire l'objet de poursuites. Il existe toutefois plusieurs raisons de mettre cet argument en doute. Tout d'abord, les statistiques plus détaillées révèlent que :

- des 38 cas pour lesquels des données sur la part de marché sont disponibles, *seuls quatre semblent avoir porté sur des parts de marché inférieures à 70 p. 100*;
- plus de la moitié des 41 cas pour lesquels nous possédons des données étaient « transparents » (*c.-à-d.*, complot notoire ou apparent).[12]

---

11 Stanbury, note 9, *supra*, p. 67-69.

12 Nous avons considéré qu'accords ou arrangements sont « transparents » sous une ou l'autre des deux hypothèses suivantes :

(i) la *formation* du présumé complot était transparente au yeux du monde extérieur, comme dans *R.* c. *Container Materials Ltd.*, [1942] 1 D.L.R. 529 (C.S.C.), *confirmant* [1941] 3 D.L.R. 145 (C.A. Ont.), *modifiant* [1940] 4 D.L.R. 293 (C.S. Ont.) (ci-après « *Container Materials* ») création d'une entreprise de commercialisation, *R.* c. *Allied Chemical Ltd.* (1975), 69 D.L.R. (3d) 506, *infirmé* 73 D.L.R. (3d) 767 (C.S.B.-C.) (ci-après « *Allied Chemical* ») (agence de vente) et *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 (C.S.C.), *confirmant* 36 C.P.R. (3d) 173 (C.A.N.-É.), *renversant* 32 C.P.R. (3d) 259 (C.S.N.-É.) (ci-après « *PANS* ») (procurations); ou

(ii) le *fonctionnement* du présumé complot était transparent aux yeux du monde extérieur, comme dans *The King* c. *Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505 (C.A. Ont.) (ci-après « *Elliott* »), *The King* c. *Central Supply* (1907), 12 C.C.C. 371 (C.A. Ont.), *The King* c. *Clarke (No. 1)*, (1907) 14 C.C.C. 46 (C.A. Ont.) (ci-après « *Clarke* »), *The King* c. *Gage (No. 1)* (1907), 13 C.C.C. 415 (B.R. Man), *confirmé* 13 C.C.C. 428 (C.A. Man.) (ci-après « *Gage* »), *The King* c. *Beckett* (1910), 15 C.C.C. 408 (H.C. Ont.) (ci-après « *Beckett* »), *A.G. for Ontario* c. *Canadian Wholesale Grocers*, [1923] 2 D.L.R. 617 (ci-après « *Wholesale Grocers* »), *R.* c. *Singer*, [1931] O.R. 202 (H.C.), *confirmé* [1931] O.R. 699 (C.A.), *confirmé* (1931), 56 C.C.C. 381 (C.S.C.), *R.* c. *Electrical Contractors Assn. of Ontario*, [1960] O.J. No. 256 (QL) (H.C. Ont.), *confirmant* [1961] O.R. 265 (C.A.), *autorisation de pourvoi refusée* [1961] R.C.S. ix (C.S.C.) (ci-après « *Electrical Contractors* »), *R.* c. *B.C. Pharmacists' Society* (1970), 17 D.L.R. (3d) 285 (ci-après « *B.C. Pharmacists* »), *R.* c. *B.C. Fruit Growers Assn.* (1985), 11 C.P.R. (3d) 183 (ci-après « *BC Fruit Growers* »), *R.* c. *Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (1984), 3 C.P.R. (3d) 233 (H.C. Ont.), *R.* c. *Aetna Insurance Ltd.*, [1978] R.C.S. 731 et *PANS* (associations commerciales et, dans certains cas, pratique collective de l'exclusivité); *R.* c. *McGavin Bakeries Ltd.*, [1950] 2 W.W.R. 735 (C.S. Alb.) (ci-après « *McGavin Bakeries* ») (assocation commerciale et répartition du marché); *R.* c. *Dominion Rubber* (1953), 107 C.C.C. 256 (C.S. Ont.), *R.* c. *Lyons Fuel Hardware & Supplies Ltd.* (1961), 30 D.L.R. (2d) 6 (H.C. Ont.) (ci-après « *Lyons Fuel* ») (prix ou soumissions identiques); *R.* c. *Famous Players* (1932), 58 C.C.C. 50 (C.S. Ont.) (vaste divulgation des règles à de nombreux clients).

En ce qui concerne les prix ou soumissions identiques, nous reconnaissons volontiers que des soumissions identiques ne permettent ni de conclure à un complot, ni même d'en présumer. Ils indiquent toutefois bien, dans la plupart des cas, qu'une enquête plus approfondie est justifiée. Voir Green, note 10, *supra*, p. 267 : « il semble toutefois douteux, s'il s'agit de soumissions scellées, qu'elles seraient identiques en l'absence d'un accord, bien qu'il faille reconnaître la probabilité accrue d'une uniformité lorsqu'il y a seulement trois ou quatre entreprises, un produit homogène et le recours à une formule standardisée d'établissement des prix, et

Sur la foi de ces données, nous avançons que le seuil pris en considération par la Couronne pour prendre des mesures contre les conspirateurs est très élevé[13] et que la plupart des poursuites portaient sur des cas flagrants.[14]

c) Taux de succès

Un taux de succès de 75 p. 100 peut sembler indiquer que le besoin de modifier la loi n'est pas pressant. Nous croyons néanmoins que le calcul fausse à la hausse le véritable taux de succès de la Couronne, et ce, pour au moins deux motifs :

- en premier lieu, plusieurs des « victoires » de la Couronne ont été remportées grâce à des ordonnances d'interdiction ou à des plaidoyers de culpabilité assortis d'amendes peu élevées et non dans des causes contestées où la Couronne a obtenu une condamnation;
- en second lieu, nous croyons que la Couronne aurait été déboutée dans plusieurs des poursuites réglées grâce à des ordonnances d'interdiction ou des plaidoyers de culpabilité et qu'elles ont été réglées pour des motifs exclusivement économiques.[15]

---

que les soumissions sont présentées à des organismes gouvernementaux qui publient la soumission gagnante » [traduction]; Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1968* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1968), p. 46; Commissaire de la loi des enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année fiscale terminée le 31 mars 1952* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1952), p. 25.

13 Stanbury, note 9, *supra*, p. 74 : « il se peut que la Couronne manque des occasions d'entamer des poursuites exigeant des démarches plus imaginatives pour vérifier les *limites* de la loi » [traduction]; Green, note 10, *supra*, p. 262: « la plupart des affaires de fixation des prix qui ont été soumises aux tribunaux concernaient toutes ou presque toutes les entreprises d'importance dans l'industrie » [traduction]. Voir aussi Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1972* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1972), p. 24 (Piles sèches); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1973* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1973), p. 42 (« Essence – Oshawa »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1974* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1974), p. 29 (Essence – Montréal); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1970* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1970), p. 37 (« Rapport concernant une enquête sur la distribution et la vente d'essence et de produits connexes dans la région de Sudbury »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1969* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1969), p. 44 (« Pain – Ontario »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1968* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1968), p. 45, (« Ameublements de maison, Toronto »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1967* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1967), p. 33 (Propane – Colombie-Britannique); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1966* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1966), p. 41 (« Allégation de coalition – M.C.P., 2, 4-D et 2, 4, 5-T »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1965* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1965), p. 46 (« L'industrie du pain – Présomption d'entente en vue d'une augmentation des prix »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1953* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1953), p. 25, (« Soumissions municipales et autres »). À vrai dire, la Couronne n'a pas reçu un grand appui des tribunaux lorsqu'elle a poursuivi des cas difficiles. Voir par exemple *R.* c. *Bayda and Associates Surveys Inc.* (1997), 78 C.P.R. (3d) 203 (B.R. Alb.) (ci-après « *Bayda* »).

14 Green, note 10, *supra*, p. 248 : « dans les sept décennies suivant la promulgation initiale en 1889, la seule application notable de la législation antitrust s'est faite à l'égard d'un petit nombre d'accords durables de fixation des prix ou de partage du marché dont les participants reconnaissaient qu'il s'agissait de complots bien qu'ils niaient que leurs gestes aient visé à causer des préjudices ou aient eu cet effet » [traduction].

Afin de tirer des conclusions plus limpides sur le dossier d'exécution de la loi au Canada, nous avons mené notre propre étude des poursuites intentées en vertu de l'article 45.[16]

Notre étude a montré que :

- la Couronne n'a gagné que 26 des 53 poursuites *qui ont été plaidées*[17], et seulement quatre des 22 dossiers plaidés depuis 1975 (20 p. 100);

- dans 12 des 27 causes perdues par la Couronne, soit près de la moitié, elle a réussi à prouver qu'il y avait complot, mais a néanmoins été incapable de démontrer que le complot avait un effet « indu » sur la concurrence ou, dans l'un des cas, que l'accusé avait *l'intention objective* de réduire indûment la concurrence;[18]

---

15 Jusqu'à récemment, les amendes imposées aux comploteurs avaient été très modestes et on peut soutenir qu'elles ont servi comme de simples « droits de licence ». L'amende moyenne dans les affaires de complot et de truquage des offres entre 1965 et 1991 était de 45 000 $. Même entre 1985 et 1991, l'amende moyenne était seulement de 125 000 $. Jusqu'en 1990, la plus forte amende jamais imposée à un comploteur canadien était de 400 000 $. Stanbury, note 9, *supra*, p. 70-73 et 136. À titre d'exemple révélateur, le Bureau de la concurrence a annoncé en 1990 une amende *record* de 3,4 millions de dollars (en tout) dans le cas d'un truquage d'offres dans l'industrie de la farine qui a duré 12 ans et qui concernait plus de 500 millions de dollars de ventes. Il est difficile de croire qu'un stratagème ayant duré si longtemps et concernant des ventes si importantes n'a pas rapporté des bénéfices bien supérieurs à la sanction. Comme ordre de grandeur, on suppose souvent que les complots permettent de maintenir les prix à un niveau de 10 à 20 p. 100 plus haut qu'en l'absence d'un complot (voir OCDE, *Ententes injustifiables* (Paris, 2000), p. 12 et n° 2 (ci-après le « Rapport de l'OCDE »)). Dans le cas de la farine, les participants au complot auraient ainsi gagné de 50 à 100 millions de dollars en bénéfices indûs. Comme l'a affirmé Wetston, « nous savons que dans le cas du vol, la perspective pour les personnes jugées coupables d'avoir à rembourser à la société uniquement la propriété volée ne procurerait pas un effet dissuasif adéquat » [traduction]. H.I. Wetston, « Canadian Competition Law: Current Issues in Conspiracy Law and Enforcement » (Meredith Memorial Lectures, Université McGill, Montréal, le 30 novembre 1990) 33, p. 46, cité dans P.S. Crampton et J.T. Kissack, « Recent Developments in Conspiracy Law and Enforcement: New Risks and Opportunities » (1993), 38 *McGill L.J.* 569 (ci-après « Crampton et Kissack »). Voir aussi *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada* c. *The Queen* (1956), 2 D.L.R. (2d) 11, p. 13 (C.S.C.). De plus, avant 1990, le risque de voir des sanctions supplémentaires appliquées par suite de poursuites privées était très faible. En tenant compte des coûts liés à la poursuite, y compris les frais imposés à l'entreprise par suite de la publicité négative et le temps perdu par les dirigeants, il n'est guère étonnant que la plupart des accusés acceptent de plaider coupable. Il faut noter qu'un particulier peut se voir imposer une peine de prison dans le cas d'une condamnation en vertu de l'article 45, mais il semble qu'une telle peine a été imposée dans moins de cinq cas, dont au moins deux prévoyaient l'exécution de la peine d'emprisonnement dans la collectivité.

16 Notre étude a visé toutes les affaires de complot ayant fait l'objet de poursuites recensées dans G.N. Addy et W.L. VanVeen, *Competition Law Service* (Aurora (Ontario) : Canada Law Book, 2001), Davies, Ward et Beck, *Competition Law of Canada* (New York : Juris Publishing, 2000) (ci-après « *Competition Law of Canada* ») et Chandler et Jackson, note 9, *supra*.

17 Pour les motifs mentionnés dans la présente partie, nous estimons que le fait de retenir dans notre analyse les affaires n'ayant pas fait l'objet de poursuties entraînerait un biais dans les résultats. Nous reconnaissons qu'un accusé n'avouerait pas facilement un complot inexistant, mais croyons qu'il y a de bonnes raisons de douter que la Couronne aurait réussi à obtenir des condamnations dans plusieurs des affaires où il y a eu négociation de peine et autres règlements. En particulier, dans plusieurs de ces cas, nous doutons que la Couronne aurait été en mesure de démontrer un impact *indu* sur la concurrence.

18 Stanbury, note 9, *supra*, p. 64, souligne qu'entre 1910 et 1960, les complots pouvaient faire l'objet de poursuites en vertu du *Code criminel* là où le critère « indûment » était invoqué, ou en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* là où le critère du préjudice public était invoqué. Les tribunaux ont souvent traité ces deux critères comme des synonymes.

- depuis 1975, la Couronne a intenté des poursuites dans sept cas qui ne visaient ni un monopole ni un monopole virtuel[19]; elle les a *tous* perdus.[20]

Nous croyons donc que le taux réel de succès de la Couronne est faible.

d) Conclusions

Le dossier canadien en matière d'exécution des dispositions législatives sur les complots est peu reluisant. Le nombre total de dossiers dans lesquels la Couronne a entrepris des procédures est à peine supérieur au nombre d'années écoulées depuis que la législation sur les complots permet les poursuites. La Couronne a remporté la *victoire* dans moins de 30 des poursuites pour complot qu'elle a intentées, et la vaste majorité de ces dossiers visaient des cas où les parts de marché combinées correspondaient à un monopole ou un « monopole virtuel ». Nous pensons que la conclusion tirée par le professeur Stanbury, à savoir « les dispositions sur les complots de la *Loi sur la concurrence* et des lois qui l'ont précédée ont été un *échec* pour ce qui est de protéger l'intérêt public... » [traduction][21] n'est pas très loin de la vérité.

---

19 Notre étude a classé dans cette catégorie tous les cas impliquant des parts de marché de 90 p. 100 ou plus ainsi que ceux où le tribunal a indiqué que les participants au présumé complot jouissaient d'un « monopole virtuel ».

20 Seuls ont été pris en considération les cas postérieurs à 1975 à l'égard desquels nous avons pu préciser la part de marché des participants.

21 Stanbury, note 9, *supra*, p. 109-10. Nous constatons que les archives publiques (p. ex., les comptes rendus du Parlement et les archives législatives ou administratives) ne reflètent pas la *volonté* du gouvernement canadien d'entamer résolument des poursuites dans les cas de fixation des prix, surtout dans la première moitié du 20e siècle. Voir P.K. Gorecki et W.T. Stanbury, « Chapter 2 – The Administration and Enforcement of Competition Policy in Canada, 1889 to 1952 », dans R.S. Khemani et W.T. Stanbury, dir., *Historical Perspectives on Canadian Competition Policy* (Halifax : Institut de recherche en politiques publiques, 1991), p. 114-16 et 119-21 (p. 119 : « ... les Canadiens ont été extrêmement réticents à faire autre chose que de condamner rhétoriquement une grande variété d'entraves au commerce » [traduction]); T.D. MacDonald, « Canadian Anti-Combines Legislation », *U.T. Fac. L. Rev.*, vol. 13, printemps, 4, p. 12, en faisant référence au *Dominion Trade and Industry Commissioner Act* de 1935, qui visait à protéger ceux qui devraient autrement se livrer à une concurrence « source de gaspillage et de découragement »; *Beckett*, note 12, *supra*, p. 427-28 : « fût-ce à regret, je (avocat de la Couronne) suis obligé de demander que ces arrangements soient rompus... » [traduction]; le tribunal : « avant la formation d'une association de grossistes ... ils réalisaient ensemble de très faibles bénéfices, et même pas de quoi vivre, en ce qui concerne les produits de base » [traduction]; Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1973* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1973), p. 37 : « le juge... a imposé à chacun des amendes de 1 $... » [traduction]; Registraire, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'exercice terminé le 31 mars 1926* (Ottawa, 1926), p. 11 : « de plus, il semblait évident que les prix minimum visés n'étaient pas déraisonnables, compte tenu de tous les coûts » [traduction]. Historiquement, la réticence à poursuivre sérieusement les responsables de complots peut s'expliquer en partie par l'opinion répandue selon laquelle il pourrait être avantageux pour le Canada d'avoir de plus grandes entreprises. Voir *La politique de la concurrence au Canada : Le passé et l'avenir* (Document d'information pour la conférence La Politique de la concurrence du Canada : Pour préparer l'avenir), que l'on peut trouver à www.ivey.ca/competitionconference2001/proceedings2/ConfSpeech_fre.htm (consulté le 12 juillet 2001) p. 2 : « Les auteurs de la loi originale en matière de concurrence en 1889 ne s'opposèrent pas au pouvoir en tant que tel, mais plutôt à l'abus de ce dernier. Ils croyaient que le Canada dans son ensemble tirerait profit des grandes agrégations de capitaux (tel était le chemin vers un plus haut niveau de vie pour la nation), mais reconnaissaient que la taille entraînait la responsabilité : les consommateurs, les travailleurs et les concurrents ne devaient pas être exploités. »; E. Clark, président et DO, Groupe financier de la Banque TD, « The Dynamic between Domestic Competition and International Competitiveness » (Document d'information pour la conférence La Politique de la concurrence du Canada : Pour préparer l'avenir, 2001), que l'on peut trouver à www.ivey.ca/competitionconference2001/proceedings2/ConfSpeech_fre.htm [en anglais] (consulté le 12 juillet 2001), p. 2-3; A.M. Rugman, « The Impact of Globalisation on Canadian Competition Policy » (Document d'information pour la conférence La Politique de la concurrence du Canada : Pour préparer l'avenir, 2001), que l'on peut trouver à www.ivey.ca/competitionconference2001/proceedings2/ConfSpeech_fre.htm [en anglais] (consulté le 12 juillet 2001), p. 9. Ainsi, Green, note 10, *supra*, a peut-être raison, p. 298, lorsqu'il suppose ceci : « on imagine que le mot "indûment" a été ajouté à la législation de 1889 uniquement parce qu'en vertu de l'esprit protectionniste, on était méfiant envers une concurrence "excessive". Les combines étaient acceptables dès

2. La perspective économique

a) Généralités

Les économistes affirment presque à l'unanimité que les complots injustifiables n'apportent que peu de bénéfices nets à la société.[22] Toutefois, certains complots ne causent pas de dommages importants à l'économie parce que les parties ne possèdent pas, sur le marché, une puissance commerciale suffisant pour avoir un impact la concurrence. Comme l'énonce Herbert Hovenkamp :

> Si une ville compte dix épiceries semblables et que les propriétaires de trois d'entre elles s'entendent pour publier, dans un journal, une annonce mentionnant les prix de détail, l'entente réduira le prix de la publicité pour chacun de ces trois propriétaires. Par ailleurs, il n'est pas plausible que trois épiciers sur dix puissent fixer les prix. Les clients achèteraient des sept autres épiciers. » [traduction][23]

Par conséquent, d'aucuns questionnent le besoin, voire le désir, d'interdire les complots qui n'ont pas d'impact sensible sur la concurrence parce que les conspirateurs n'ont pas de pouvoir commercial sur le marché, et même d'intenter des poursuites contre les conspirateurs.

b) Avantages de l'analyse de l'impact

Le principal avantage qui découle d'une analyse de la *règle de raison* ou de la concurrence *indue* est la probabilité accrue d'éviter d'engager des frais pour intenter des poursuites dans des cas qui ne causent pas de tort à la société (les *coûts gris*).[24] Nous croyons que ces coûts seraient relativement peu élevés parce que :

- on peut habituellement présumer que les complots injustifiables ne seront pas le fait de gens d'affaires qui ne croient pas à l'efficacité de ces complots, bien qu'il n'y ait aucune certitude qu'ils seront efficaces;[25]

---

lors qu'elles ne devenaient pas un obstacle absolu à la concurrence. Cette mentalité n'a pas disparu » [traduction].

22 Voir *Rapport de l'OCDE*, note 15, *supra*. Voir aussi M.J. Trebilcock, *et al.*, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* [en instance de publication], ch. 3, p. 1; Warner et Trebilcock, note 2, *supra*, p. 683-84; Bureau de la concurrence, *La politique de la concurrence et les négociations sur l'AGCS* [ébauche], que l'on trouve à http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct02192f.html (consulté le 6 août 2001) (ci-après « *AGCS* »).

23 H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 2e éd. (St. Paul (Minnesota) : WestGroup, 1999), p. 193 (ci-après « Hovenkamp »). Voir aussi E.T. Sullivan et J.L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications* (New York : Matthew Bender, 1988), p. 86.

24 R.A. Posner, *Antitrust* (St. Paul (Minnesota) : West Publishing, 1974), p. 128-129 : « bien qu'il soit assurément vrai que les entreprises ne se livreraient pas à des complots de fixation des prix si elles étaient convaincues de ne pas réussir, il peut arriver qu'elles se trompent et de telles erreurs, même si elles sont rares, pourraient rendre compte d'une forte proportion du petit nombre de poursuites qu'introduisent les organismes d'application de la loi » [traduction].

25 Voir Posner, *ibid.*; Hovenkamp, note 23, *supra*, p. 214, citant *American Column & Lumber Co.* c. *U.S.* (1921), 257 U.S. 377; *Brook Group* c. *Brown & Williamson Tobacco* (1993), 113 S. Ct. 2578, p. 2605, par le juge Stevens, dissident : « les artistes professionnels qui ont dansé le menuet pendant 40 à 50 ans seraient mieux à même de prédire si leur partenaire préféré les suivraient à l'avenir que ne le pourrait un étranger qui ne saurait faire la différence entre Haydn et Mozart » [traduction]. Dans certains cas, des comploteurs canadiens ont été poursuivis avant d'en être arrivé à un accord suffisant, au sein de l'industrie pertinente, pour exercer une puissance commerciale collective. De tels cas ne signifient toutefois pas que les comploteurs entendaient mettre en place un accord qui avait peu de chances de réussir.

- il est raisonnable de s'attendre à ce que la Couronne exerce son pouvoir discrétionnaire de poursuivre en vue de régler plusieurs des cas où il est clair qu'un complot n'a pas eu d'effet sur l'économie et qu'elle offre des mesures d'incitation, par exemple une entente de libération à l'enquête préliminaire, une libération sous condition, une interdiction ou une amende peu élevée.[26]

Nous croyons en outre que les coûts gris sont de beaucoup inférieurs aux coûts nécessaires pour maintenir la norme actuelle relative à l'effet *indu* (les *coûts actuels*).[27]

c) Coûts de l'analyse de l'impact

Certains des coûts actuels sont :

- le coût pour la société canadienne du nombre croissant de complots nuisibles à l'économie, qui seraient vraisemblablement plus nombreux que si le critère d'illégalité en soi était appliqué, vu les facteurs suivants :

---

[26] Le commissaire (comme ses prédécesseurs) exerce aussi une grande discrétion pour ce qui est de déterminer quels cas sont soumis au procureur général en vue d'entamer des poursuites. Voir Directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la politique de concurrence, *Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 1990* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1990), p. 67 (« Coiffeurs de Geraldton » : réglée par une initiative en conformité des coiffeurs); Bureau de la concurrence, *Rapport annuel du commissaire de la concurrence pour l'exercice se terminant le 31 mars 1999* (Ottawa, 1999), p. 28 (« Contrats de construction régionaux : truquage des offres » : affaire résolue lorsque les entreprises se sont engagées à ne plus se livrer aux pratiques en cause); Bureau de la concurrence, Rapport annuel du directeur des enquêtes et recherches pour l'exercice se terminant le 31 mars 1998 (Ottawa, 1998), p. 9 et tableau synoptique (« Complot » : affaire résolue par des négociations menant à la fin des accords; « Services de nettoyage à sec » : affaire résolue au moyen d'engagements; « Fosses septiques » : affaire résolue au moyen d'engagements; « Taxis » : affaire résolue au moyen d'engagements); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1958* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1958), p. 28 (« Sable et gravier » : résolue au moyen de négociations entraînant la fin de toutes ententes); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1978* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1978), p. 53 (« Services de taxi – Chatham, Nouveau-Brunswick » : demande d'ordonnance d'interdiction); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1953* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1953), p. 19 (« Rapport sur le pain à Winnipeg »). Voir aussi J.A. VanDuzer et G. Paquet, *Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et la Loi sur la concurrence – Doctrine, droit et pratique* (octobre 1999), que l'on trouve à http://strategis.ic.gc.ca/SSI/ctf/vdrapport.pdf (consulté le 21 août 2001), partie III (« Critères de sélection des dossiers »).

[27] Certains pourraient soutenir qu'une analyse de l'impact offre comme avantage supplémentaire de protéger certains complots menant à une plus grande efficacité. Néanmoins, notre attention est centrée dans la présente partie sur les ententes injustifiables, plutôt que sur les complots susceptibles d'offrir des avantages économiques. Voir Kennish et Ross, note 2, *supra*, p. 24, qui soutiennent que la législation canadienne sur les complots est actuellement trop restrictive et qu'elle « ne tient pas adéquatement compte des possibilités presque infinies de coopération efficace entre entreprises qui peuvent par ailleurs être des concurrents » [traduction]. Pourtant, Kennish et Ross ne maintiennent pas que « les stratagèmes communs de fixation des prix, de truquage des offres et de partage du marché » [traduction] devraient pour autant être jugés acceptables. *Ibid.*, p. 27. Voir aussi F.M. Scherer, « Industrial Market Structure and Economic Performance », dans T.W. Dunfee et F.F. Gibson, *Antitrust and Trade Regulation* (Toronto : John Wiley & Sons, 1980), p. 56-58 (ci-après « Scherer ») : « ... si la mise en commun de ressources indivisibles ou la coopération en recherche-développement est véritablement avantageuse, il est généralement rentable de s'y prêter sans s'encombrer par surcroît d'accords de fixation des prix ou de partage du marché. La nécessité d'une coopération prenant la forme d'un cartel est surtout réduite sur un marché aussi vaste que les États-Unis, où le conflit entre économies d'échelle et concurrence est rarement marqué » [traduction]; R.H. Bork, *The Antitrust Paradox* (New York : Basic Books, 1978), p. 263 (ci-après « Bork ») : « les facteurs d'efficacité découlant d'un accord pur et simple de fixation des prix ou de partage du marché, lorsqu'il y en a, doivent être si mineures qu'il est justifié de ne pas en tenir compte dans les lois » [traduction]. Il faut souligner que la Cour suprême du Canada a clairement signifié dans *PANS* que notre actuel critère « indu » « n'autorise pas l'étude minutieuse des avantages et des inconvénients de l'accord sur le plan économique, comme le ferait une règle de la raison. » *PANS*, note 12, *supra*, p. 650.

- l'ambiguïté accrue de la loi qui inciterait sans doute certaines personnes à réaliser des complots qu'elles ne mettraient pas à exécution autrement;[28]

- une hausse des cas dans lesquels la Couronne n'intenterait pas de poursuites parce qu'elles seraient considérées comme étant des causes « difficiles »;[29]

- l'augmentation probable du nombre de cas où la Couronne ne réussirait pas à prouver, *hors de tout doute raisonnable*, et où le tribunal accepterait les arguments de la Couronne, que le complot réduira ou empêchera *indûment* la concurrence[30];

- les coûts « transactionnels », par exemple :

  - l'augmentation du coût des conseils aux entreprises relativement à la législation sur les complots au Canada, vu sa complexité et ses ambiguïtés;[31]

---

28 Stanbury, note 9, *supra*, p. 96 : « lorsque les accusés ont adopté une approche économique, ils prennent en considération des variables comme la probabilité d'être accusés, condamnés et sanctionnés; l'augmentation probable des bénéfices que peut entraîner un accord avec des concurrents; et le décalage probable entre le moment où les bénéfices sont enregistrés et les coûts sont encourus » [traduction]; Bork, note 27, *supra*, p. 263 : « le sujet des cartels est au centre de la politique antitrust. La règle la plus ancienne et, avec les nuances appropriées, la plus précieuse [aux États-Unis] veut qu'il est illégal en soi que des concurrents conviennent de limiter la rivalité entre eux. Nous avons déjà analysé ... les grandes causes qui ont établi et raffiné cette doctrine... Il y a évidemment des centaines d'autres causes où la doctrine de l'illégalité en soi de cas d'élimination de rivalité (p. ex., fixation des prix ou partage du marché) a été appliquée, et sans aucun doute des milliers qui n'ont jamais été entamées en raison de la menace de cette règle. Sa contribution au bien-être des consommateurs a été énorme au fil des décennies » [traduction]. Voir aussi M.K. Block, *et al.*, « The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement » (1981), 89:3 *J. Pol. Econ.* 429; R.M. Feinberg, « Antitrust Enforcement and Subsequent Price Behaviour » (1980), 62 *The Rev. of Econ. and Stat.* 609; R.D. Blair and D.L. Kaserman, *Antitrust Economics* (Homewood (Illinois) : Richard D. Irwin, (1985), p. 157-60; G.J. Stigler, « The Economic Effects of the Antitrust Laws » (1966), 9 *The Journal of Law and Econ.* 225 (ci-après « Stigler »).

29 Voir partie B.1(b).

30 *PANS*, note 12, *supra*, est un exemple édifiant où la Couronne a prouvé que l'accord pourrait réduire la concurrence indûment au-delà de tout doute raisonnable, mais n'a pas pu prouver qu'une personne d'affaires raisonnable aurait dû savoir qu'un tel impact surviendrait au-delà de tout doute raisonnable.

31 Scherer, note 27, *supra*, p. 56-58 : « un coût relativement peu important [selon le critère du raisonnable] serait l'incertitude supplémentaire que des entreprises devraient supporter quant à savoir quels accords sont illégaux. Du moins dans les cas à la limite, il serait impossible d'agir en toute confiance jusqu'à ce que les organismes d'application de la loi ou les tribunaux aient rendu une opinion. Cela n'est toutefois pas un grand problème pour les entreprises, qui pourraient toujours éviter l'incertitude juridique en évitant d'adopter des stratégies hasardeuses. Ce faisant, elles ne s'en trouveraient pas plus mal que si elles devaient observer une règle proprement dite interdisant toutes les restrictions évidentes » [traduction]. D'après notre expérience cependant, ces coûts ne sont pas sans importance. Il ne fait guère de doute que les entreprises canadiennes ont encouru en avis juridiques des dépenses importantes directement attribuables à l'*incertitude* de nos dispositions sur les complots. Elles ont souffert de l'incapacité des conseillers juridiques de leur indiquer clairement le traitement que recevraient en vertu de notre *Loi sur la concurrence* des coentreprises, des alliances stratégiques, des restrictions accessoires et autres, ainsi que des coûts en services juridiques pour rédiger et réviser des accords du genre de façon à assurer que leurs intentions favorables à la concurrence soient évidentes au lecteur. Si certains ont avancé que le jugement *PANS*, note 12, *supra*, a aidé à clarifier la loi, nous ne partageons pas ce point de vue. En effet, on peut soutenir que le juge Gonthier a de fait brouillé les cartes en suggérant que « [la] puissance commerciale peut aussi exister indépendamment de l'accord, et alors tout effet de l'accord néfaste à la concurrence sera suspect. Un comportement particulièrement préjudiciable peut également engager la responsabilité, même si la puissance commerciale n'est pas si considérable. » (*PANS*, note 12, *supra*, p. 657 et 654.) Nous croyons que ces paroles pourraient être amplement invoquées dans les années à venir et favoriser la tendance à des procédures judiciaires de plus en plus longues et complexes. De fait, *R.* c. *Clarke Transport Canada Inc.* (1995), 130 D.L.R. (4th) 500 (ci-après « *Clarke Transport* ») témoigne d'une telle tendance. Par le passé, les opinions quant au niveau de part de marché qui serait jugé indu ont varié de 35 p. 100 à 90 p. 100. Nous avons tendance à croire que les deux extrémités de l'échelle pourraient se justifier rationnellement selon les circonstances – y compris le juge qui traite de l'affaire. Voir Green, note 10, *supra*, p. 260 : « les vendeurs impliqués dans l'accord doivent

- la possibilité accrue que ces conseils ne correspondent pas aux normes antitrust internationales, notamment aux normes en vigueur aux États-Unis et en Europe, et les coûts inhérents à la restructuration des relations en vue de se conformer aux normes internationales;[32]

- le coût très élevé des poursuites pour complot, étant donné la complexité accrue du processus judiciaire.[33]

Il est évidemment difficile de quantifier ces coûts, mais nous pensons qu'ils seraient plus élevés que les coûts gris mentionnés à la partie B.2(b).[34]

d) Conclusions

Nous croyons que la législation canadienne sur les complots doit être modifiée et frapper d'illégalité en soi les cartels injustifiables.[36] Nous pensons également que la loi doit s'appliquer

---

contrôler au moins de 80 à 90 p. 100 de la production industrielle dans le marché pertinent » [traduction]; B. Dunlop, *Canadian Competition Policy : A Legal and Economic Analysis* (Toronto : Canada Law Book, 1987), p. 131 : « il est difficile de contester la conclusion qu'une part de marché d'au moins 80 p. 100 est nécessaire pour réduire indûment la concurrence » [traduction]; Crampton & Kissack, note 15, *supra*, p. 571 : « il serait imprudent d'observer l'ancienne règle familière voulant qu'un accord n'est pas susceptible de contrevenir à l'article 45 si les parties contrôlent moins de 50 p. 100 du marché pertinent. La norme de 35 p. 100 serait une meilleure règle » [traduction].

32 Les dispositions législatives du Canada en matière de complot permet au milieu des affaires d'adopter des structures et des arrangements qui ne sont pas autorisés à l'extérieur de nos frontières, ce qui peut avoir pour effet de nuire à l'expansion économique en raison du coût qu'exigerait la révision de ces structures et accords pour se conformer aux lois étrangères. Voir International Antitrust Draft Code Working Group, "Draft International Antitrust Draft Code as a GATT-MTO-Plurilateral Trade Agreement," 65 Anti. & Trad. Reg. Rep. at S-3 (ci-après « *International Draft Code Group* ») : « Dans l'économie mondialisée, les lois de plusieurs nations s'appliquent à une même transaction et les lois de chaque nation supposent des exigences et des normes quelque peu différentes. Les divergences sont comme du sable dans les rouages de transactions autrement harmonieuses et efficaces. Elles augmentent les frais des entreprises et minent certaines transactions salutaires » [traduction].

33 Voir Scherer, note 27, *supra*, p. 56-58 : « Si l'approche de la règle de raison élargie nécessaire à la mise en œuvre de cette politique était elle-même sans coûts, elle devrait être adoptée. Elle n'est cependant pas sans coûts. Il y a indiscutablement des coûts sous forme d'une plus grande incertitude, de procédures judiciaires plus complexes et d'une plus grande probabilité de choix irrationnels et erronés. ... Une enquête rigoureuse de ce genre menée en vertu des procédures antitrust traditionnelles serait si coûteuse financièrement et, plus encore, en ressources expertes que les organismes d'application de la loi constateraient que le nombre d'affaires qu'ils peuvent entamer serait fortement limité » [traduction]; Hovenkamp, note 23, *supra*, p. 193; Green, note 10, *supra*, p. 262. Il faut noter que le nombre de jours de procès dans une affaire de complot peut être énorme : dans *Beckett* (1910), note 12, *supra*, *Container Materials* (1942), note 12, *supra*, et *R.* c. *Ash-Temple Company Limited*, [1949] O.R. 315 (C.A. Ont.), il y a eu respectivement 8, 25 et 55 jours de procès; dans *McGavin Bakeries* (1951), note 12, *supra*, *Howard Smith Paper Mills, Ltd.* c. *The Queen* (1957), 8 D.L.R. (2d) 449 (C.S.C.), *confirmant* [1955] 4 D.L.R. 225 (C.A. Ont.), *confirmant* [1954] 4 D.L.R. 161 (Ont. Ct. Just.), *R.* c. *Canada Packers Inc.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 133 (B.R. Alb.) (ci-après « *Canada Packers* ») et *Clarke Transport*, note 31, *supra*, le procès a duré six mois, 95 jours, un an et demi, et 40 jours respectivement. Dans ce dernier cas, la Couronne a été critiquée pour n'avoir pas présenté davantage d'éléments de preuve à l'égard du marché pertinent.

34 Voir aussi note 197, *infra*.

35 Nous soulignons le fait que le concept de l'illégalité en soi n'est pas une nouveauté dans le cadre du droit canadien de la concurrence. Par exemple, la *Loi sur la concurrence* fait qu'il est illégal en soi de fixer les prix en réponse à un appel d'offres (art. 47), de convenir (entre ou parmi des institutions financières) des taux d'intérêt et de certaines autres conditions (art. 49) et d'exercer une discrimination par les prix dans certains cas (alinéa 50(1)*a*)). L'article 61 contient une disposition assez dure à ce titre, faisant de toute *tentative d'influencer* le prix pratiqué par une autre personne, que ce soit verticalement et horizontalement, une infraction. Voir partie C.1(a)(1)(ii).

aux types de complots qui présentent peu de possibilités d'avantages d'efficacité compensatoires tout en relâchant de ses filets les accords et arrangements de collaboration qui offrent le potentiel d'une efficacité accrue ou d'autres avantages. Nous croyons en outre que les ententes injustifiables ne doivent pas être traités à l'aide d'une analyse de l'impact de la *règle de raison*[37] et de *transfert du fardeau de la preuve*[38] ou de tout autre système exigeant une analyse économique, car nous sommes d'avis que qu'une telle norme ne permettrait pas d'éviter plusieurs des coûts énumérés dans la partie B.2(c).

---

[36] Le Rapport de l'OCDE, note 15, *supra* : « Les "ententes injustifiables" sont des accords anticoncurrentiels entre concurrents visant à fixer les prix, réduire la production, effectuer des soumissions concertées, diviser ou se répartir le marché. » Voir aussi Hovenkamp, note 23, *supra*, p. 83 et 88-79, qui décrit les « ententes injustifiables » classiques comme suit :

> Le cartel le plus simple est un accord entre parfaits concurrents de vendre toute leur production au même prix convenu. ... Certaines industries peuvent mieux se prêter à des accords de restriction de la production, où les participants décident combien chacun produira et vendra, mais le marché lui-même détermine le prix. ... Une option à l'accord visant la réduction de la production consiste à convenir des parts de marchés, en prévoyant des sanctions pour les entreprises qui outrepassent leur part convenue. ... Un tel accord peut être bien plus souple qu'un accord rigide de réduction de la production, parce qu'il permet aux parties de faire face aux changements subits dans la demande à l'égard du produit, sans avoir à se consulter (ce qui peut être risqué!). ... Le partage horizontal du territoire peut être une méthode efficace d'établir un cartel, bien qu'elle fonctionne dans relativement peu de marchés. ... Un problème avec un tel partage territorial, cependant, est que d'autres peuvent souvent constater ce qui se passe. [Traduction]

Aux États-Unis, « le Département de la justice poursuit au criminel les participants à des accords visant des ententes injustifiables » et parmi « les genres d'accords qui ont été jugés illégaux en soi figurent des accords entre concurrents pour fixer les prix ou la production, truquer des offres ou partager des marchés en répartissant les clients, les fournisseurs, les territoires ou les genres de commerce » [traduction]. Si le concept d'entente injustifiable n'est pas défini avec une grande précision, il semble dépendre du fait que les parties puissent ou non revendiquer une « intégration de l'activité économique propre à améliorer l'efficacité » à laquelle l'accord contesté est « raisonnablement relié » et « raisonnablement nécessaire pour réaliser ses avantages favorables à la concurrence »; dans le cas contraire, si le comportement contesté est d'un genre qui est par ailleurs assujetti aux traditionnelles normes de l'illégalité en soi, il est considéré comme une restriction pure et simple pouvant entraîner une poursuite au criminel. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (avril 2000), que l'on peut trouver à www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf, au § 3.2 (ci-après « Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents »).

[37] Dans une analyse axée sur la règle de raison, « le juge des faits doit déterminer si la pratique contestée impose une restriction déraisonnable à la concurrence, en prenant en considération une variété de facteurs, y compris des données précises sur le commerce pertinent, son état avant et après l'imposition de la restriction ainsi que l'historique, la nature et les effets de la restriction » [traduction]. W.C. Holmes, *Antitrust Law Handbook*, édition 1999 (St. Paul : West Group, 1999), p. 304-305 (ci-après « Holmes »), citant *State Oil Co.* c. *Khan* (1997), 522 U.S. 3, ¶16, citant *Board of Trade of Chicago* c. *U.S.* (1918), 246 U.S. 231, 238. Voir aussi *PANS*, note 12, *supra*, p. 650. Holmes souligne que « la distinction entre pratiques jugées illégales en soi et celles qui devront plutôt être jugées selon la règle de raison ou une autre norme intermédiaire n'est certes pas immuable. Ces catégories n'ont pas été faciles à définir pour les tribunaux, et encore moins à appliquer. Par conséquent, des pratiques qui ont tantôt été analysées en vertu d'un critère donné ont à un autre moment été examinées selon un tout autre critère » [traduction]. *Ibid.*, p. 305-306.

[38] Scherer, note 27, *supra*, p. 58-59 : « Une seconde proposition est attribuée au P^r^ S. Chesterfield Oppenheim. Il a avancé qu'au lieu de tenir les accords de fixation des prix pour illégaux en soi, ils devraient être considérés illégaux de prime abord. Afin d'échapper aux sanctions, les personnes fixant les prix auraient le fardeau de prouver que leurs accords ne constituent pas une restriction déraisonnable du commerce. Cette approche a l'avantage de contraindre les parties connaissant le mieux le fonctionnement de l'industrie en cause d'effectuer la plus grande partie de l'analyse économique positive. S'il y a des données qui puissent justifier leur conduite, les participants d'une industrie sont en mesure de les faire valoir. À l'inverse, il est beaucoup plus difficile pour un organisme gouvernemental d'application de la loi d'obtenir les éléments de preuve nécessaires pour prouver le caractère déraisonnable d'un accord. Pourtant, malgré ses avantages du point de vue de l'application de la loi, une règle de prime abord ne résoud pas le problème de la surveillance continue, ni ne pallie à l'inaptitude des tribunaux d'analyser la preuve une fois qu'elle a été réunie » [traduction].

C. MODIFICATIONS PROPOSÉES À LA LOI

1. Aperçu du texte proposé

Dans l'élaboration d'un modèle législatif visant l'évaluation et l'interdiction de complots injustifiables, nous avons pris en compte le besoin d'éviter :

1) une trop grande *ambiguïté* relativement aux agissements commerciaux constituant des complots injustifiables;

2) le *coût excessif des poursuites* par rapport aux pratiques commerciales considérées comme faisant partie des complots injustifiables;

3) les coûts sociaux découlant de la réticence des gens d'affaires à s'impliquer dans des actions sociales à cause de *l'inflexibilité* de la loi et du risque de poursuites pénales;

4) un *système stagnant*, incapable d'évoluer et de s'adapter aux nouveaux courants de la pensée juridique et économique sur la façon de traiter les divers comportements commerciaux.

Le texte proposé comporte donc quatre éléments principaux :

1) un volet fondé sur le critère de l'illégalité en soi visant exclusivement une catégorie limitée d'accords et d'arrangements ayant pour objet ou comme effet d'influencer les prix ou la production, l'expansion ou l'entrée d'une entreprise, ou les clients ou fournisseurs dans un marché;

2) un volet civil plus large permettant au commissaire de prendre des mesures contre un accord ou un arrangement ayant pour effet d'influencer considérablement la concurrence, que l'accord ou l'arrangement corresponde ou non au critère d'illégalité en soi;

3) l'exemption d'office du critère d'illégalité en soi accordée à certains types d'accords et d'arrangements résultant de transactions qui ne visent pas à nuire à la concurrence et dont on ne peut pas raisonnablement prévoir qu'ils nuiront à la concurrence;

4) un mécanisme d'autorisation permettant au commissaire d'accorder des exemptions générales reflétant les courants économiques et juridiques actuels sur les complots et autres agissements commerciaux et d'exempter du critère d'illégalité en soi des accords et arrangements précis dont il aura été avisé et qui seront considérés, tout compte fait, être souhaitables au point de vue social.

Le texte proposé figure au complet en annexe 2 de ce rapport et il est expliqué en détail ci-dessous.

a) ***Le volet du critère de l'illégalité en soi***

45. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de [x] ou l'une de ces peines toute personne qui conclut un accord ou un arrangement avec une ou plusieurs personnes :

a) soit pour fixer, stabiliser ou influencer de toute autre façon les prix dans un marché,

b) soit pour éliminer ou restreindre la capacité, la production ou la fourniture dans un marché,

c) soit pour empêcher l'expansion ou l'entrée dans un marché,

d) soit pour répartir la clientèle, cesser de fournir ou d'acheter ou influencer de toute autre façon les relations de l'une d'entre elles avec un ou plusieurs de ses clients ou de ses fournisseurs dans un marché,

si ces personnes ou leurs filiales, ou deux ou plus d'entre elles sont en concurrence dans le marché.

(1) Champ d'application

(i) « Accords » et « arrangements »

Le texte proposé vise exclusivement les « accords » et les « arrangements ». La *Loi sur la concurrence* actuelle s'applique à tous les « accords », « arrangements », « complots » et « coalitions » qui ont sur la concurrence l'effet prévu dans ses dispositions. Il est presque unanimement accepté que l'élément essentiel de tous les complots qui tombent sous le coup de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* est « l'accord ».[39] Certains tribunaux ont néanmoins élargi la signification des mots « coalition » et « arrangement »[40] tandis que d'autres ont menacé d'interpréter le terme « accord » comme signifiant seulement les accords conformes aux principes du droit en matière de contrat.[41]

Supprimer les mots « conclut un arrangement », « se coalise » et « complote » de la Loi pourrait avoir deux conséquences :

---

[39] *Papalia and Her Majesty the Queen*, [1979] 2 R.C.S. 256, p. 276, par le juge Dickson : « Le mot "conspirer" vient de deux mots latins "con" et "spirare" qui signifient "souffler ensemble". Conspirer c'est s'entendre. L'essence du complot criminel est la preuve de l'entente. » Ainsi, de simples invitations à la collusion ne seraient pas touchées par le paragraphe 45(1) de la *Loi sur la concurrence*. Voir *U.S.* c. *American Airlines, Inc.* (1984), 743 F.2d 1114, *cert. denied* (1985), 474 U.S. 1001; *In Re : Potash Antitrust Litigation*, [2000-1] Trade Cas. ¶ 72,812 (8th Cir.), *cert. denied* 2000 U.S. Lexis 4929 (ci-après « *Potash* »).

[40] Par exemple, dans *Electrical Contractors*, note 12, *supra*, p. 276, le juge Laidlaw, de la division d'appel de la Cour suprême de l'Ontario, a affirmé ceci :

> « La portée de l'article n'est pas limitée au complot. Elle recouvre aussi le tort commis par une personne qui se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne. Deux personnes – ou plus – peuvent se coaliser fautivement en réunissant leurs gestes et activités pour accomplir un résultat ou en coopérant entre elles en vue du but recherché. Chacune d'elles peut prendre des mesures pour disposer les affaires de telle façon à servir un objectif commun et ainsi conclure un arrangement. Sans tenter de définir la portée de la catégorie de personnes qui peuvent être visées par cet article, il me semblerait suffisant d'affirmer qu'il n'est pas limité aux personnes qui conviennent entre elles mais en outre aux personnes qui se coalisent ou s'arrangent pour faire ce qui est interdit par l'article » [traduction].

[41] Voir par exemple *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.* c. *A.G. for Canada*, [1980] 2 R.C.S. 644, p. 657, où le juge Pigeon, s'exprimant pour la majorité, a avancé que l'« accord » nécessaire à l'article 45 dépend du droit des contrats. Le juge Estey, étant dissident, a observé que : « Les quatre mots [complote, se coalise, se concerte ou s'entend] décrivent l'entente dans le sens le plus large qu'a ce terme dans la langue courante et non dans le sens technique d'une branche spécialisée du droit. »

- premièrement, les tribunaux pourraient interpréter la suppression de ces mots comme une intention de limiter l'application de l'article aux seuls accords conclus conformément au droit en matière de contrat;

- deuxièmement, certains types d'arrangements où il n'y a pas de communication directe entre concurrents risquent d'échapper à l'application de la loi, même s'il est possible d'inférer une intention commune de leurs agissements.[42]

Nous sommes donc d'avis que les mots « conclut un arrangement » sont nécessaires pour assurer que l'application de l'article 45 ne soit pas limitée aux seuls accords conclus en vertu du droit en matière de contrat. Par contre, nous pensons que les mots « se coalise » et « complote » n'ajoutent que peu, en ce qui a trait à l'interprétation d'une disposition fondée sur la jurisprudence existante et, de fait, on pourrait même avancer l'argument que l'expression « se coalise » utilisée dans l'article 45 risque de créer de la confusion avec l'expression « association d'intérêts » utilisée dans la Partie IX de la *Loi sur la concurrence*.[43]

(ii) « Objet » ou « effet »

Le texte proposé frapperait d'illégalité en soi tous les accords ou arrangements ayant pour *objet* ou pour *effet* de fixer les prix ou de nuire à la concurrence de l'une ou l'autre des façons énoncées dans la loi. Ainsi, la portée de notre modèle de disposition législative est plus large que celle de la loi actuelle et ne traite pas comme des actes criminels les accords mal conçus qui n'ont pas d'effet indu sur la concurrence, même si telle était l'intention des parties.[44] Nous fondons notre argument voulant que les accords ou arrangements conclus aux fins de nuire à la concurrence soient illégaux sur les points suivants :

- premièrement, cette approche devrait inciter les personnes accusées de complot à apporter des preuves de leur intention relativement aux accords ou arrangements, ce qui serait approprié étant donné qu'elles sont les mieux placées pour ce faire;

- deuxièmement, l'application de la loi aux accords et arrangements conclus afin de nuire à la concurrence ne rendrait criminels que certaines *tentatives* de nuire à la concurrence et,

---

42 Voir par exemple *Interstate Circuit* c. *U.S.* (1939), 306 U.S. 208; *U.S.* c. *Airline Tariff Publishing Company* (1993), 836 F.Supp. 9 (Dist. Ct., Col.). En vertu de l'article 81, paragraphe (1) du *Traité de Rome*, certaines « décisions d'associations d'entreprises » qui ont des répercussions pour la concurrence sont interdites. Ce libellé assure entre autres que les décisions prises par des associations professionnelles et des arrangements mis en œuvre par de telles associations sont couverts.

43 A.C. Gourley et J.A. VanDuzer, *Merger Notification in Canada* (Toronto : CCH Canada Limited, 1996), ¶ 3270, *et seq.* (ci-après « Gourley et VanDuzer »). Nous trouvons une certaine confirmation de notre opinion dans les paragraphes 5(1), 6(1), 47(1) et 49(1) de la *Loi sur la concurrence*, où il est question d'« accord ou arrangement », ainsi que dans le projet de loi C-256, qui aurait utilisé l'expression « accord ou arrangement » – paragraphe 2(1) (« coentreprise ») du projet de loi C-256. Voir aussi l'alinéa 114(1)*a*) de la *Loi sur la concurrence*. À l'évidence, les rédacteurs de ces dispositions jugeaient également que le mot « arrangement » ajoutait un élément qui pourrait sinon être perdu dans l'interprétation. Les paragraphes 48(2) et 48(3) sont peut-être les plus importants, renvoyant aux « accords » ou « arrangements » mentionnés à l'alinéa 48(1), lequel vise toute personne qui « complote, se coalise ou conclut un accord ou arrangement ».

44 Voir par exemple *Clarke Transport*, note 31, *supra*. En vertu du *Traité de Rome*, on a soutenu que l'objet d'un accord « se trouve dans l'évaluation objective des buts de l'accord en cause et il est superflu de se pencher sur les intentions subjectives des parties » [traduction]. V. Rose, dir., *Bellamy & Child : Common Market Law of Competition*, 4e éd. (London : Sweet & Maxwell, 1993),p. 90-91 (ci-après « Bellamy et Child »). À la suite de *PANS*, note 12, *supra*, nous supposons que les tribunaux canadiens examineraient la terminologie de l'accord, en même temps que d'autres indices, à titre d'éléments de preuve objective de l'intention subjective des parties, mais ne prévoyons pas que les tribunaux éviteraient entièrement de tenter de déterminer cette intention. Il serait intéressant de voir un cas où l'intention manifeste d'une des parties à l'accord serait d'entraver la concurrence, tandis que l'intention manifeste de toutes les autres parties serait complètement différente.

même s'il est possible d'intenter des poursuites à cet égard en vertu du *Code criminel*[45] de telles poursuites peuvent s'avérer difficiles[46] et sont rarement intentées;[47]

- troisièmement, intenter des poursuites à la suite d'accords et d'arrangements visant à nuire à la concurrence n'aurait rien de nouveau étant donné la possibilité d'intenter des poursuites pour *conduite abusive visant à nuire à la concurrence* en vertu des alinéas 50(1)*b*) et *c*)[48], *pour tentatives d'influer sur les prix* en vertu du paragraphe 61(1), *pour tentatives de persuader un fournisseur de refuser de fournir un produit* en vertu du paragraphe 61(6) et *pour tentatives d'entraver une enquête ou un interrogatoire* en vertu du paragraphe 64(1);

- enfin, l'un des objectifs fondamentaux du texte proposé est de décourager l'élaboration d'accords et d'arrangements dont l'intention est d'avoir sur la concurrence l'un des effets prévus dans la loi, que l'accord ou l'arrangement constitue ou non l'infraction visée.

Quoique les juges ne s'entendent pas pour affirmer que l'intention de nuire à la concurrence est à elle seule suffisante pour rendre un accord illégal en vertu de l'article §1 du *Sherman Act*[49], notre

---

[45] *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 24 (ci-après « *Code criminel* »).

[46] Voir *R.* c. *Dungey* (1979), 51 C.C.C. (2d) 86 (C.A. Ont.), où le tribunal affirme ceci : « ... soutenir que de tenter de comploter en vue de frauder constitue une infraction équivaut à condamner une personne pour tentative de tentative de fraude » [traduction]; *R.* c. *Cluett, Peabody, Canada Inc.* (1982), 64 C.P.R. (2d) 30 (Ont. Crim. Ct.), où on a soutenu qu'il n'existe pas d'infraction pour ce qui est de maintenir les prix de revente, puisque l'infraction du maintien des prix de revente est déjà une infraction en vertu de la tentative; *R.* c. *Canadian Oxygen Ltd.* (1975), 24 C.P.R. (2d) 258 (C.A. Qué.), où le tribunal a refusé de rendre une ordonnance d'interdiction concernant tout acte visant un accord ou arrangement, parce que de tels gestes ne constituaient pas une infraction en vertu de la *Loi sur la concurrence*.

[47] Voir Commissaire de la concurrence, Bureau de la concurrence, *Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 2000* (Ottawa, 2000), p. 27 (« Épilation au laser : complot » : « Le Bureau a examiné un incident où une entreprise faisant de l'épilation au laser avait été approchée par un concurrent en vue d'établir un accord pour mettre fin à la concurrence entre eux et augmenter les prix. Le Bureau a communiqué avec le concurrent qui tentait d'éliminer la concurrence et lui a expliqué les conséquences en vertu de la *Loi sur la concurrence* de l'accord proposé. L'accord n'a jamais été mis en œuvre et les prix n'ont pas augmenté. »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1961* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1961), p. 19 (« ... [Q]uoique les propositions aient été étudiées attentivement, elles n'avaient pas été adoptées. »).

[48] Les alinéas 50(1)*b*) et *c*) précisent qu'est illégal un comportement ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent, ou étant destinée à avoir un semblable effet. Comme on l'a affirmé dans *R.* c. *Hoffmann-LaRoche Limited* (1980), 109 D.L.R. (3d) 5, p. 46, *confirmé* 125 D.L.R. (3d) 607 : « L'élément supplémentaire comporte deux possibilités : une concerne l'effet de la politique et l'autre concerne un élément d'intention de la politique. Un ou l'autre suffira; il n'est pas nécessaire de réunir les deux. Ainsi, dès lors que le fait de se livrer à une politique de prix déraisonnablement bas a pour effet ou tend à avoir pour effet de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer un concurrent, l'infraction est avérée. En outre, même en l'absence d'un tel effet réel ou éventuel, il y a infraction si le comportement a pour objet d'avoir l'effet réel ou éventuel de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer un concurrent. Ainsi, pratiquer une politique de prix déraisonnablement bas dans l'intention de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer un concurrent est criminel même si la tactique est complètement inefficace en regard de son objectif. » [traduction]

[49] Il semble plus juste de croire que dans les affaires relevant du *Sherman Act*, §1, la preuve ne peut pas reposer uniquement sur des indications de mauvaises intentions. Voir Holmes, note 37, *supra*, p. 333, n. 14; *California Dental Ass'n* c. *Federal Trade Commission* (2000), 224 F. 3d 942 at 948 (9th Cir.), où les éléments de preuve de mauvaises intentions ont été rejetés au motif qu'ils étaient trop ambigus et superflus pour être utiles à l'analyse du tribunal; P.E. Areeda et H. Hovenkamp, *Antitrust Law* (New York : Aspen Law & Business, 1997) (ci-après « Areeda et Hovenkamp »), ¶1506 : « une intention avouée de limiter la concurrence ne rend pas illégal un comportement dont nous savons qu'il est favorable à la concurrence ou qu'il échappe pour d'autres motifs au contrôle antitrust » [traduction].

approche est semblable à la loi européenne qui vise les accords et arrangements « qui ont pour *objet ou pour effet* d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence... »[50]

Certains allègueront peut-être que le texte proposé a une portée trop large parce qu'il vise *tous les accords et arrangements entre concurrents qui peuvent avoir un effet sur les prix, la production, l'expansion ou les relations entre clients et fournisseurs dans un marché*. « Par exemple, un fermier isolé qui n'est pas abonné au *Wall Street Journal* peut bien discuter avec son voisin pour déterminer le prix des porcs avant de faire une vente »[51]; ou « deux camelots qui vendent des journaux de chaque côté d'une rue »[52] peuvent décider de fixer les prix. Notre réponse à ces exemples comporte trois volets :

- premièrement, nous pensons que la Couronne doit continuer à faire preuve de jugement (c.-à-d. exercer sa discrétion de poursuivre) pour décider des cas dans lesquels il est justifié de dépenser les ressources gouvernementales pour intenter des poursuites;[53]

- deuxièmement, l'arrêt *PANS* resterait pertinent face au postulat qu'un accusé qui ne pouvait pas raisonnablement savoir que l'accord ou l'arrangement aurait un effet anticoncurrentiel ne peut pas être déclaré coupable;

- troisièmement, l'exemption pour restrictions accessoires discutée ci-dessous[54] éliminerait la vaste majorité des préoccupations relatives aux accords ou arrangements qui n'auraient qu'un effet limité et indirect sur la concurrence en relevant le seuil de responsabilité dans ces cas afin de s'attaquer uniquement aux accords ou arrangements qui ont un impact considérable sur la concurrence, si cet impact était raisonnablement prévisible au moment où l'accord ou l'arrangement a été conclu.

Nous pensons et espérons que le commissaire accorderait une exemption générale *de minimus*[55] aux accords et arrangements qui ne visent que de petites parts du marché, comme l'a fait la Communauté européenne.[56]

---

50 *Traité de Rome*, article 81, paragraphe (1); *Consten and Grundig*, [1966] E.C.R. 299 p. 342 : il n'est pas nécessaire de tenir compte des effets concrets d'un accord une fois que l'on constate qu'il vise à empêcher, limiter ou perturber la concurrence. Notre approche serait également conforme au modèle législatif proposé dans le projet de loi C-256, qui aurait tenu pour responsable toute personne concluant des accords « qui ont, visent à avoir ou, s'ils étaient mis en oeuvre, auraient probablement... un ou plusieurs des effets visés... », ainsi qu'au *Trade Practices Act of 1974* d'Australie.

51 Hovenkamp, note 23, *supra*, p. 217.

52 Stanbury, note 9, *supra*, p. 88.

53 Voir partie B.2(b). Les parties à un accord ou arrangement pourraient elles-mêmes éviter les poursuites en vertu de l'article 36, en demandant un certificat d'autorisation. Voir partie C.1(b)(5).

54 Voir partie C.1(b)(3).

55 Voir partie C.1(b)(5) et note 56, *infra*.

56 Il n'y a pas à proprement parler d'exemption globale pour les accords mineurs. Plutôt, la Cour européenne de justice a indiqué que seuls les accords produisant un effet appréciable sur la concurrence relèvent de l'article 81, paragraphe (1), et la Commission européenne a proposé des lignes directrices concernant la limite entre les accords produisant un effet appréciable sur la concurrence et ceux qui ne le font pas. Voir Commission européenne, *Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure*, que l'on trouve à http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/s971799_fr.html (consulté le 6 août 2001), où on indique que les accords ne seront pas jugés être en contravention de l'article 81, paragraphe (1) lorsque la part de marché des parties à l'accord est inférieure à 5 p. 100 dans le cas d'accords horizontaux (10 p. 100 dans le cas d'accords verticaux); ainsi que Commission européenne, projet de communication concernant les accords d'importance mineure, que l'on trouve à http://europa.eu.int/comm/competition/oj_extracts/2001_c_149_05_19_0018_0020_fr.pdf (consulté le 21 août 2001), qui relèverait les seuils, respectivement à 10 p. 100 et à 15 p. 100. Aucune règle refuge n'est prévue à l'égard d'accords concernant la fixation des prix, la limitation de la production ou le partage du marché. (*Ibid.*, ¶¶ 9 et 11) Nous supposons que le commissaire adopterait une telle règle refuge dans une exemption

(iii) « Fixer, stabiliser ou influencer de toute autre façon les prix dans un marché »

Le texte proposé prendrait dans le filet de l'illégalité en soi tous les accords ou arrangements entre concurrents qui fixent, stabilisent *ou influencent les prix de toute autre façon.* Ces derniers mots méritent évidemment d'être commentés. En vertu de la législation canadienne actuelle, les accords qui :

1) fixent des prix minimum[57];

2) élèvent ou « gonflent » les prix[58];

3) éliminent les réductions, remises ou modalités de crédit[59];

4) établissent des marges pour divers niveaux de commerce[60];

---

générale *de minimus*, mais concevons que l'exemption vaudrait à l'égard de tous les accords quels que soient leurs buts ou effets. Nous n'exclurions pas que l'exemption s'applique à l'égard d'accords visant des ententes injustifiables, puisque des économies peuvent être obtenues, par exemple, par suite du partage des clients ou des marchés sans risque de répercussions négatives pour l'économie. Nous constatons que les Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents, note 36, *supra*, p. 8, ne permettraient pas des économies sans intégration lorsqu'elles découlent de la coordination de décisions sur les prix, la production, les clients, les territoires et autres éléments semblables. Nous n'acceptons pas que les économies et autres gains en efficience découlant de tels efforts coordonnés devraient être aveuglément négligés lorsque les concurrents détiennent une part de marché collective *de minimus*. Un exemple servant à démontrer notre divergence d'opinion par rapport à la politique américaine figure comme exemple 5 dans les Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents, note 36, *supra*, p. 30-1. Celui-ci concerne deux des trois fabricants de carburateurs qui ont convenu de mettre en commun leurs études sans intégrer leurs activités de production. Les lignes directrices américaines condamneraient ce comportement quelle que soit la part de marché détenue par les collaborateurs. Nous exempterions plutôt la collaboration si la part de marché combinée des parties était *de minimus*. À cet égard, nous ne voyons pas le sens de la distinction entre *le genre d'intégration préconisé par les lignes directrices américaines* et l'intégration en général. Manifestement, les concurrents qui collaborent en matière de marketing, d'études et d'autres aspects non matériels de leurs activités intègrent ces activités dans une certaine mesure, que ce soit ou non de façon manifestement visible. Voir aussi U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, *Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care* (août 1996) p. 54, *et seq.* (ci-après « Lignes directrices américaines sur les soins de santé »), p. 64-65 : « les organismes ne contesteront pas, sauf circonstances extraordinaires, les coentreprises de réseaux exclusifs de médecins lorsque les médecins participants *partagent un risque financier important* et représentent 20 p. 100 ou moins des médecins dans le marché pertinent » [traduction]. Naturellement, une exemption *de minimus* permettrait aux parties de se défendre en arguant que leur part de marché n'était pas supérieure au seuil minimum – parce que, par exemple, les tuyaux en cuivre sont en réalité en concurrence avec les tuyaux en plastique – mais le fardeau ne devrait pas s'avérer excessif pour la Couronne, surtout en regard de la nature actuelle des poursuites relatives aux complots. Voir U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Manual*, ch. 3 (« B. Recommending a Preliminary Inquiry »), qui se trouve à www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/table_of_contents.htm (consulté le 6 août 2001).

57 *Gage*, note 12, *supra*; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. Ltd.* c. *The King*, [1929] R.C.S. 276; *R.* c. *Northern Electric Co.*, [1955] O.R. 431 (H.C. Ont.) (ci-après « *Northern Electric* »), *R.* c. *Morrey* (1956), 26 C.P.R. 55 (B.C.C.A); *R.* c. *Canadian Coat & Apron Supply Ltd.* (1967), 2 C.R.N.S. 62 (Exch. Ct.) (ci-après « *Canadian Coat* »). Voir aussi *Bayda*, note 13, *supra*; Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1971* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1971), p. 45 (« Matériaux de construction – Colombie-Britannique »).

58 Voir *R.* c. *Dominion Steel and Coal Corp. Ltd.* (1956), 27 C.P.R. 57 (ci-après « *Dominion Steel* »); *B.C. Pharmacists'*, note 12, *supra*; *R.* c. *Aluminum Co. of Canada*, [1977] 29 C.P.R. (2d) 183 (ci-après « *Aluminum Can.* »).

59 Voir *R.* c. *B.C. Television Broadcasting System Ltd.* (1980), 52 C.P.R. (2d) (C.S.B.-C.); *Clarke Transport*, note 31, *supra*.

60 Voir *Beckett*, note 12, *supra*; *Clarke*, note 12, *supra*; *Wholesale Grocers*, note 12, *supra*.

5) truquent les soumissions[61]

peuvent tous être éventuellement pris au filet du paragraphe 45(1) de la *Loi sur la concurrence*. En vertu du texte proposé, ces accords et arrangements resteraient susceptibles de poursuites.

Il ne fait aucun doute que l'expression « influencer [les prix] de toute autre façon » pourrait être interprétée suivant le principe *ejusdem generis*, ce qui en confinerait quelque peu l'application. Nous croyons néanmoins que le texte que nous proposons pourrait potentiellement capturer :

6) les échanges de renseignements sur les prix entre des concurrents, dans la mesure où ces échanges ont pour objet ou comme résultat d'influencer les prix;[62]

7) les accords sur la publication de prix recommandés;[63]

8) les coentreprises de marketing, la désignation d'une personne comme agent de vente ou la formation de sociétés de marketing par des concurrents;[64]

---

[61] Voir *R.* c. *Alexander*, [1932] 2 D.L.R. 109 (H.C. Ont.J.); *McGavin Bakeries*, note 12, *supra*; *R.* c. *Crown Zellerbach Can. Ltd.* (1955), 15 W.W.R. 563, *confirmé* (1956), 20 W.W.R. 523 (C.A.C.-B.) (ci-après « *Crown Zellerbach* »); *Northern Electric*, note 57, *supra*; *Lyons Fuel*, note 12, *supra*; *R.* c. *J.J. Beamish Construction Co. Ltd.* (1967), 53 C.P.R. 43, [1968] 1 O.R. 5 (C.A.). Voir aussi *Loi sur la concurrence*, art. 47.

[62] Voir *R.* c. *Armco Canada Ltd.* (1976), 13 O.R. (2d) 32, *autorisation de pourvoi refusée* (1977), 13 O.R. (2d) 32n (C.S.C.) (ci-après « *Armco* »); *Aluminum Can.*, note 58, *supra*; *Canada Packers*, note 33, *supra*. Voir aussi Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1961* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1961), p. 21 : « Équipement électrique : ... La preuve a indiqué que les compagnies entraient régulièrement en possession de listes de prix de leurs concurrents et que les compagnies qui ne prenaient pas l'initiative des changements de prix adoptaient ceux des autres dans leurs propres listes. On n'a cependant pas trouvé la preuve de l'existence d'une entente... »; Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1956* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1956), p. 19 : « La Commission a trouvé que la preuve révélait l'existence (établissement de "Plans de vente")... d'ententes qui avaient pour but et ont eu pour effet de maintenir... des prix et des conditions de vente uniformes pour ces produits », ce qui constitue une entorse importante à la concurrence sur les prix; Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1976* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1976), p. 27 (« Matériaux de construction (Tuyaux et raccords en plastique) ») et p. 32 (« Lait liquide – Sud de l'Ontario »). Aux États-Unis, voir *Maple Flooring Mfrs' Ass'n.* c. *U.S.* (1925), 268 U.S. 563; *U.S.* c. *Container Corp. of America* (1969), 393 U.S. 333; *Potash*, note 39, *supra*.

[63] Voir *Vimpoltu*, [1983] 3 C.M.L.R. 619.

[64] Voir *Container Materials*, note 12, *supra*; *Allied-Chemicals*, note 12, *supra*; *PANS*, note 12, *supra*. Voir aussi Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1974* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1974), p. 35 (« Verre à vitres clair »); *U.S.* c. *American Smelting and Refining Co.*, [1960] Trade Cas. ¶ 69,675 (N.Y.S.D.); *Virginia Excelsior Mills, Inc.* c. *Federal Trade Commission* (1958), 256 F.2d 538 (4th Cir.); Stigler, note 28, *supra*, p. 234-235 : « la forme la plus efficace de collusion est l'agence de vente commune, puisque la réduction des prix est alors impossible, et en outre, tout grand mouvement de biens dissimulés est virtuellement impossible » [traduction]; Bellamy et Child, note 44, *supra*, p. 212-13 : « dans certaines circonstances, des entreprises peuvent chercher à coopérer dans la vente en commun de leurs produits, par exemple par l'entremise d'une filiale commune créée à cette fin, ou d'une agence de vente commune. Cependant, l'article 85, paragraphe (1) [maintenant81, paragraphe (1)] postule que chaque entreprise doit livrer concurrence de façon indépendante et ne coordonner ses activités avec aucune autre entreprise à moins que l'accord ne soit exempté en vertu de l'article 85, paragraphe (3) [maintenant81, paragraphe (3)] » [traduction]; Commission européenne, *Communication de la Commission – Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*, que l'on trouve à http://europa.eu.int/comm/competition/oj_extracts/2001_c_003_01_06_ 0002_0030_en. pdf [en anglais], ¶149 (consulté le 6 août 2001) (ci-après « *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale* »); *Communication de la Commission sur le traitement des entreprises communes à caractère coopératif au regard de l'article 85 [81] du traité CE*, que l'on trouve à http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/93c4302_en.html [en anglais], ¶¶ 38 et 60 (ci-après « *Communication de la Commission sur les entreprises communes à caractère coopératif* »). Le fait de

9) les accords d'établissement des prix en fonction de prix de référence, de lignes directrices, de systèmes de points de base ou de prix annoncés.[65]

Quoiqu'il puisse sembler que l'alinéa 45(1)*b*) du texte proposé ne capturerait pas dans le filet de l'illégalité en soi les groupes d'achat du type visé dans l'affaire *Abitibi*[66] à cause de leur effet sur le marché, parce que les parties à l'accord ou à l'arrangement ne sont pas en concurrence dans le marché en amont[67], ces accords et arrangements seraient visés par l'alinéa 45(1)*d*) du texte proposé.[68]

(iv) « Éliminer ou restreindre la capacité, la production ou la fourniture dans un marché »

Certains pourront prétendre que le seul moyen sûr d'influencer les prix dans un marché est d'influer sur la production. Il est par conséquent impératif que les limites de production constituent une infraction. Nous croyons les accords ci-dessous seraient du ressort de l'alinéa 45(1)*b*) du texte proposé :

1) accords ayant trait aux quotas de production;[69]

2) accords visant la fermeture d'usines;[70]

---

nommer un concurrent agent de vente peut aussi contrevenir à l'alinéa 45(1)*b*) du texte proposé lorsqu'il limiterait l'offre sur un marché, et contreviendrait aussi vraisemblablement à l'alinéa 45(1)*d*) du texte proposé. Dans ce dernier cas, l'application du paragraphe 45(1) dépend du fait que l'accord concerne des concurrents *sur le marché en cause*; par conséquent, tout accord entre ou parmi des concurrents qui suppose que l'un deux est nommé agent des autres serait presque certainement perçu comme une affectation des clients du concurrent principal à l'agent. Nous supposons que le commissaire accorderait une exemption générale pour de tels accords, laquelle pourrait être d'application lorsque les parts de marché demeurent sous un seuil donné, par exemple 10 p. 100 ou 20 p. 100. En Europe, un seuil de 15 p. 100 sert à départager les accords de commercialisation commune qui ne sont pas susceptibles de traduire une puissance commerciale de ceux qui exigent un examen plus approfondi. De plus, lorsque la commercialisation commune ne représente rien de plus qu'une agence de vente sans investissement, il est probable qu'elle corresponde à un cartel déguisé qui, dès lors, ne peut satisfaire aux conditions de l'article 81, paragraphe (3). Néanmoins, lorsqu'une agence de vente permet des économies grâce à une réduction du dédoublement de ressources et d'installations, l'agence de vente peut être exemptée. Voir *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, *ibid.*, ¶¶ 143-53. Voir aussi *MacEwan* c. *Toronto General Trusts Corporation* (1917), 54 R.C.S. 381; *Floral*, [1980] 2 C.M.L.R. 285; Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents, note 36, *supra*, p. 28 (exemple 1).

[65] Voir Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1973* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1973), p. 41 (« Piles d'appareils auditifs – Calgary »); *Federal Trade Commission* c. *Cement Inst.* (1948), 333 U.S. 683; *Sugar Inst. Inc.* c. *U.S.* (1936), 297 U.S. 553; *U.S.* c. *Trenton Potteries Co.* (1927), 273 U.S. 392.

[66] *R.* c. *Abitibi Power and Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201 (B.R.).

[67] Voir aussi partie C.1(a)(1)(vi). Nous reconnaissons qu'il y a matière à discussion à cet égard.

[68] Voir aussi partie C.1(a)(1)(vii). Nous supposons que le commissaire clarifierait la position au moyen d'une exemption générale.

[69] Voir *Zinc Producer Group*, [1985] 2 C.M.L.R. 108; *ACG Chemiefarma* c. *Commission*, [1970] ECR 661, p. 699; *Lightweight Paper*, [1972] C.M.L.R. D94.

[70] Voir *Allied Chemical*, note 12, *supra*. Voir aussi Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1974* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1974), p. 35. (« Verre à vitres clair »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1978* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1978), p. 48 (« Bois de construction – Sud-est de la Colombie-Britannique »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1971* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1971), p. 52. (« Matériaux de construction »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31*

3) accords en vue d'acheter la production d'un autre concurrent afin d'éviter que les produits de ce dernier soient vendus dans un marché;[71]

4) accords pour cesser la production d'un produit en vue de conclure une entente de distribution avec un concurrent;[72]

ainsi que des restrictions moins flagrantes sur la production, par exemple :

5) accords visant à coordonner le moment et la durée des arrêts de production pour maintenance;

6) accords de ne pas augmenter la capacité de production sans le consentement de l'une des parties;[73]

7) accords visant à réduire les heures de travail;[74]

8) accords visant à limiter les services de livraison pour les petites commandes.[75]

Comme on peut le déduire à partir de ce qui précède, nous espérons qu'un tribunal donnerait une interprétation large aux mots « capacité, production ou fourniture » afin d'appliquer la disposition

---

mars 1968 (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1968), p. 54. (« Projet B »); Commissaire de la loi des enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année fiscale terminée le 31 mars 1*939 (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1939), p. 5 (Enquête sur les conteneurs d'expédition de carton).

[71] Voir *R.* c. *Canadian Import Co.*, [1935] 3 D.L.R. 330 (C.S.C.), *autorisation de pourvoi refusée* [1935] A.C. 500. Voir aussi Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1974* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1974), p. 29 (« Souffre – Ouest du Canada » : accord à la participation à un programme d'accumulation des stocks); *U.S.* c. *Socony-Vacuum Oil Co.* (1940), 310 U.S. 150; *Zinc Producer Group*, [1985] 2 C.M.L.R. 108; *Aluminum Imports from Eastern Europe*, [1987] 3 C.M.L.R. 813.

[72] Voir *Allied Chemical*, note 12, *supra*. Voir aussi Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1974* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1974), p. 35. (« Verre à vitres clair »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1978* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1978), p. 48 (« Bois de construction – Sud-est de la Colombie-Britannique »); *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, note 64, *supra*, ¶140, *et seq.*; *Rolled Zinc Products and Zinc Alloys*, [1983] 2 C.M.L.R. 285; *Prym/Beka*, [1973] O.J. L296/24. Il y a récemment eu élargissement de la portée du Règlement (CE) no 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation, que l'on trouve à http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!JO_RefPub&lg=EN&serie_jo=L&an_jo=2000&nu_jo=304&pg_jo=0007 (ci-après « *Exemption générale des accords de spécialisation* »), *supra*, ¶1(1)(a) de façon à exempter des accords unilatéraux de spécialisation ou accords en vertu desquels une partie convient de cesser la production de certains produits ou d'éviter de les produire et de les acheter d'une entreprise concurrente, tandis que l'entreprise concurrente convient de produire et de fournir ces produits.

[73] Voir *Zinc Producer Group*, [1985] 2 C.M.L.R. 108.

[74] Voir *Tennessee* c. *Highland Memorial Cemetery* (1980), 489 F. Supp. 65 (E.D. Tenn.).

[75] Voir Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1972* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1972), p. 24 (« Huiles à poêle – Salmon Arm, Colombie-Britannique »). Voir aussi Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1973* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1973), p. 46 (« Matériaux de construction – Colombie-Britannique »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1968* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1968), p. 45 (« Ameublements de maison – Toronto »).

tant aux restrictions *qualitatives* qu'aux restrictions quantitatives sur les biens produits ou fournis dans un marché.[76]

(v) ***« Empêcher l'expansion ou l'entrée dans un marché »***

Les accords entre concurrents pour empêcher un participant d'entrer dans un marché ou pour réduire la capacité d'un autre participant de prendre de l'expansion dans un marché sont des types de restrictions à la production qui doivent aussi être des infractions frappées d'illégalité en soi. Voici certains exemples de comportement qui tomberaient sous le coup de l'alinéa 45(1)*c*) :

1) accords entre membres d'une association professionnelle visant à refuser l'admission d'un nouvel acteur ou d'un acteur potentiel dans l'industrie si le fait d'être membre de l'association est un facteur important de la capacité d'un nouvel acteur d'être concurrentiel;[77]

2) accords ayant trait aux normes techniques qui ont pour effet d'empêcher l'entrée ou l'expansion dans un marché;[78]

3) accords relatifs aux normes de certification, par exemple le refus d'accorder la certification ISO 14000 ou ACNOR à des participants actuels ou potentiels d'un marché.[79]

La disposition étant large, elle pourrait même s'appliquer aux accords entre concurrents qui, par l'intermédiaire d'une coentreprise ou autrement, contrôlent les ressources stratégiques nécessaires à des tiers pour être concurrentiels.[80] Par exemple, un accord entre deux concurrents pour acquérir un stock rare d'un minerai stratégique utilisé comme matière première ou élément de leur processus de fabrication pourrait entraîner leur responsabilité s'ils n'ont pas obtenu d'exemption.[81]

(vi) ***« Pour répartir la clientèle, cesser de fournir ou d'acheter ou influencer de toute autre façon les relations de l'une d'entre elles avec un ou plusieurs de ses clients ou de ses fournisseurs dans un marché »***

Il est bien connu que la répartition de la clientèle entre concurrents correspond à la description classique d'un cartel injustifiable. Le texte proposé appliquerait également le critère d'illégalité en soi et de prime abord à tous les accords ou arrangements entre concurrents ayant trait au refus de traiter avec un client, un fournisseur ou une catégorie de clients ou de fournisseurs, ainsi que les accords ou arrangements *qui influencent de toute autre façon les relations entre concurrents ou*

---

[76] Comme c'est le cas en Europe, il pourrait s'avérer nécessaire – et de fait, souhaitable – que le commissaire accorde une exemption générale à l'égard des accords entre des entrepreneurs et leurs sous-traitants. Voir aussi note 182, *infra*.

[77] Voir *Banque de Montréal* c. *Canada* (1996), [non publiée] (Trib. de la concurrence); *B.C. Fruit Growers*, note 12, *supra*; *Cauliflowers*, [1978] 1 C.M.L.R. D66; *Sarabex*, [1979] 1 C.M.L.R. 262.

[78] Voir *R.* c. *Canadian Breweries Ltd.*, [1960] O.R. 601, p. 618.

[79] Voir *Radiant Burners Inc.* c. *People's Gaslight and Coke Co.* (1961), 364 U.S. 656 (ci-après « *Radiant* »); *Video Cassette Recorders*, [1978] 2 C.M.L.R. 160.

[80] Voir *Radiant*, *ibid.*

[81] L'exemption pour acquisition d'éléments d'actif pourrait être d'application dans de telles circonstances, pourvu que les éléments d'actif sont acquis sous le chef de droits indivis précis sans restrictions quant à l'usage qui en est fait par la suite. Voir partie C.1(b)(4).

avec un ou plusieurs de leurs clients ou fournisseurs.[82] Nous croyons donc que, tel qu'il est rédigé, l'alinéa 45(1)*d*) capturerait :

1) les boycottages en amont et en aval par des groupes;[83]

2) les accords de répartition d'un marché ou d'un territoire, puisqu'il ne fait pas de doute que de tels accords influenceraient les relations avec la clientèle;[84]

3) les accords visant à réduire l'approvisionnement d'un client ou d'un groupe de clients, même si les accords n'influencent pas la fourniture ou la production dans le marché;

4) les accords visant à modifier les modalités contractuelles usuelles avec la clientèle, qu'ils visent ou non l'ensemble de l'industrie;[85]

5) les accords visant à limiter la durée des négociations avec la clientèle;[86]

6) les consortiums d'achat.[87]

Nous reconnaissons que la formulation de l'alinéa 45(1)*d*) a une portée potentiellement plus large que l'article 81(1) du *Traité de Rome* ou du *Sherman Act §1*[88] mais nous postulons qu'en l'absence

[82] Bien qu'il y ait des divergences d'opinion quant à savoir si des boycotts exclusifs entre ou parmi des concurrents doivent être classés dans la catégorie des ententes injustifiables (voir Rapport de l'OCDE, note 15, *supra*, n° 3), de tels agissements représentent souvent la conséquence d'un cartel ou la formation d'un cartel. De plus, parce que les agissements produisent souvent de sérieuses répercussions pour les participants exclus, on ne peut que conclure à ce que le fait de prévoir une réparation (c.-à-d. article 36) pour les participants exclus servirait à : (i) assurer le milieu des affaires que le droit de la concurrence au Canada est doté de moyens et est en mesure de redresser des comportements relevant de complots; (ii) éviter la diffusion du message contraire; et (iii) aider à mettre au jour des comportements plus dommageables pour l'économie, comme dans les premières affaires concernant les épiceries, le bois d'œuvre, les électriciens et les plombiers. Voir aussi l'étude en annexe 1 et note 12, *supra*; *Federal Trade Commission* c. *Superior Court Trial Lawyers Association* (1990), 493 U.S. 411; *Northwest Wholesale Stationers* c. *Pacific Stationery & Printing Co.* (1985), 472 U.S. 284; *Federal Trade Commission* c. *Indiana Federation of Dentists* (1986), 476 U.S. 447; *Fashion Originator's Guild of America, Inc.* c. *Federal Trade Commission* (1941), 312 U.S. 457; R. McQuinn, « Boycott Law After *Northwest Wholesale Stationers* » (1989), 57 *Anti.L.J.* 839; Holmes, note 37, *supra*, p. 390 : « s'il reste à voir quelles en sont les conséquences au palier de la Cour suprême, le palier de la cour d'appel a clairement révélé la tendance à exiger la preuve de la puissance commerciale commune du défendeur ou de son contrôle d'une ressource ou d'installations essentielles (ou de ses tentatives de s'assurer un tel contrôle au moyen du boycott) avant d'appliquer le critère du boycott en soi » [traduction].

[83] Voir annexe 4, exemple 1.

[84] Voir *McGavin Bakeries*, note 12, *supra*; *Crown Zellerbach*, note 61, *supra*; *Canadian Coat*, note 57, *supra*. Voir aussi *Timken Roller Bearing Co.* c. *U.S.* (1950), 341 U.S. 593; *Peroxygen Products*, [1985] 1 C.M.L.R. 481.

[85] Voir *R.* c. *Anthes Business Forms Ltd.* (1975), 10 O.R. (2d) 153, *confirmé* [1978] 1 R.C.S. 970 (ci-après « *Anthes* »); *Famous Players*, note 12, *supra*. Voir *Paramount Famous Lasky Corp.* c. *United States* (1930), 292 U.S. 30 et *United States* c. *First National Pictures, Inc.*, (1930) 282 U.S. 44. Voir aussi *Big Bear Lodging Ass'n* c. *Snow Summit, Inc.*, (1999) 182 F.3d 1096, 1103 (9th Cir.) (comportement de défendeur jugé être un boycott illégal visant à contraindre des tiers à accorder des conditions plus favorables qu'ils ne le feraient en vertu du libre jeu de la concurrence).

[86] Voir Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1972* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1972), p. 26 (« Menuiserie – Sud de l'Ontario »); *National Society of Prof. Eng.* c. *U.S.* (1978), 435 U.S. 679.

[87] Voir annexe 4, exemple 2.

[88] Par exemple, les boycotts de groupe ne sont pas nécessairement traités en vertu du critère de l'illégalité en soi aux États-Unis. Voir note 82, *supra*. En Europe, voir *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, note 64, *supra*, partie 6 et *Vimpoltu*, [1983] 3 C.M.L.R. 619. Des accords entre producteurs et distributeurs qui sont eux-mêmes aussi producteurs soulèvent plusieurs problèmes intéressants. Par exemple, si un producteur convient de ne pas vendre en concurrence avec un distributeur producteur, cela

d'un certificat d'autorisation, des concurrents ne devraient presque jamais entreprendre des discussions, prendre d'engagements ni conclure d'accords qui influencent un ou plusieurs de leurs clients ou fournisseurs, particulièrement s'ils disposent d'une défense de restrictions accessoires.[89] Les consortiums d'achat sont une exception et nous espérons que dans ce cas, le commissaire leur délivrerait une exemption générale du texte proposé, sauf dans des circonstances exceptionnelles.[90]

(vii) Entre concurrents

Même si la législation canadienne actuelle sur les complots criminels semble s'appliquer tant aux accords et arrangements verticaux qu'aux accords et arrangements horizontaux[91], le texte proposé ne vise que les accords ou arrangements par lesquels les parties ou leurs filiales, ou deux ou plus d'entre elles, sont en concurrence dans le marché.[92] L'une des implications importantes du libellé du texte proposé est que les restrictions imposées verticalement ne seraient pas d'office illégales.[93] En outre, il ne s'appliquerait pas aux accords ou arrangements entre concurrents *potentiels*, car à notre avis, ces accords et arrangements doivent en général faire l'objet de poursuites civiles.[94]

(viii) « Un marché »

L'utilisation du mot « marché » dans le texte proposé attirera sans doute l'attention des procureurs de la défense qui pourront par exemple soutenir que la Couronne doit prouver :

1) que les parties à l'accord ou à l'arrangement présumé *sont en concurrence* dans un ou plusieurs marchés;

2) que l'effet *allégué* de l'accord ou de l'arrangement s'est produit dans un ou plusieurs de ces marchés;

---

semblerait de prime abord contrevenir à l'alinéa 45(1)*d*) et les parties seraient tenues de dévoiler leur accord envisagé au commissaire. Nous ne pouvons toutefois conclure que de tels accords n'auraient jamais à être interceptés au départ. Voir *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, note 64, *supra*, ¶ 11.

89 Des accords communs entre concurrents, comme des accords d'échange ou des accords « d'assistance mutuelle » en cas de force majeure ou d'aide pour remplir des commandes, ne contreviendraient pas à la disposition puisque de tels accords ne modifient pas les *relations* entre un concurrent et ses clients. Néanmoins, nous supposons que le commissaire accorderait une exemption générale pour que cette position soit claire. Voir aussi Bellamy et Child, note 44, *supra*, p. 215 : « rien ne s'oppose à ce que deux entreprises collaborent pour remplir une commande précise, si aucun des deux ne peut seul remplir la commande » [traduction], citant *Eurotunnel*, [1989] 4 C.M.L.R. 419 entre autres jugements et *Communication de la Commission sur les accords de coopération*, § II(6) [maintenant *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, note 64, *supra* (voir ¶ 24)]; *Ibid.*, p. 200, ¶ 4-061.

90 Voir aussi *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, note 64, *supra*, ¶¶ 130-31; Lignes directrices américaines sur les soins de santé, note 56, *supra*, p. 54, *et seq*. Voir aussi Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1953* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1953), p. 17 (« Rapport sur les produits de l'érable »); *National Sulphuric Acid Association*, [1980] 3 C.M.L.R. 429; *SOCOMAS*, [1968] C.M.L.R. D28; *Arizona* c. *Maricopa County Medical Society* (1982), 457 U.S. 332.

91 *R.* c. *Canadian General Electric Co. Ltd.* (1976), 75 D.L.R. (3d) 664 (H.C. Ont.) (ci-après « *CGE* ») (allégation de complot vertical, quoique non avérée); *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, (1993) 49 C.P.R. (3d) 289 (C.S.N.-É., renvoi de la C.S.C.), p. 313 où le juge Boudreau affirme qu'il n'est pas nécessaire qu'une coalition, un accord ou en arrangement soit strictement horizontal pour contrevenir à l'article 32 (aujourd'hui, 45).

92 Le texte proposé examinerait les intérêts concurrentiels de chaque personne en regard de l'accord ou arrangement applicable, entreprise par entreprise, conformément à ce qui se passe sous les lois européennes. Voir Bellamy & Child, note 44, *supra*, p. 63; partie C.1(b)(3).

93 Voir annexe 4, exemples (3) et (4).

94 Voir annexe 4, exemple 11.

3) que l'ensemble du marché a été *influencé* par l'accord ou l'arrangement.[95]

Nous pensons qu'un tribunal en viendrait normalement à la conclusion que les procureurs de la défense ont raison sur les deux premiers points et n'ont qu'en partie raison sur le dernier.

En ce qui a trait aux deux premiers points, la conclusion par des concurrents d'un accord ou d'un arrangement illégal est un élément fondamental de la portée envisagée du texte proposé. Le fardeau qui échoit à la Couronne, soit de démontrer que les accusés sont des concurrents, ne devrait pas s'avérer trop lourd dans la plupart des cas; par contre, il ne fait pas de doute que certaines affaires exigeraient une preuve importante.[96] Les modèles législatifs qui pourraient permettre d'éviter une enquête aussi approfondie ont une portée potentielle beaucoup trop large pour être envisagés; ainsi, le fardeau de démontrer l'existence de ces éléments fait nécessairement partie de la tâche de la Couronne si elle veut obtenir une condamnation.

Pour ce qui est du troisième point, le filet de l'illégalité en soi s'appliquerait à tous les accords ou arrangements dont *l'objet* est d'influencer les prix ou la production, et il ne serait pas nécessaire de procéder à une enquête sur le marché si l'objet peut être prouvé.[97] Par ailleurs, en ce qui a trait aux accords ou arrangements dont l'objet n'est pas d'influencer les prix ou la production mais qui ont néanmoins un *effet* sur les prix ou la production, une évaluation du marché peut s'avérer nécessaire en vertu du texte proposé, le tout étant fonction des accusations portées. Par exemple :

- il est clair qu'une accusation que les prix *dans* un marché ont été fixés[98], que la capacité, la production ou l'approvisionnement *dans* un marché a été éliminé ou réduit[99], que l'expansion ou l'entrée (d'une entreprise) *dans* un marché[100] a été empêchée, que l'entrée *dans* un marché a été empêchée, qu'il y a eu répartition de la clientèle *dans* un marché ou que les fournisseurs *dans un* marché ont été boycottés à la suite d'un accord ou d'un arrangement entre concurrents n'exigerait pas d'analyse de l'impact sur le marché; alors que

- une accusation à l'effet que les prix *dans un* marché ont été stabilisés ou autrement influencés, ou que la clientèle ou les fournisseurs *dans un* marché ont été influencés à la

---

95 Les avocats de la défense pourraient aussi invoquer le projet de loi C-256, dont la définition de « marché » aurait compris : *a*) d'un secteur géographique, *b*) d'un client ou d'un certain nombre de clients, ou *c*) d'un fournisseur ou d'un certain nombre de fournisseurs. Voir le projet de loi C-256, paragraphe 2(1) (« marché »).

96 Voir *Clarke Transport*, note 31, *supra*; Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1974* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1974), p. 29 (« Pain de seigle – Montréal »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1976* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1976), p. 31 (« Mastic bitumineux chaud – Ontario »).

97 Voir note 48, *supra*.

98 Par exemple, une accusation voulant que X et Y aient fixé les prix ou d'autres façons influencé les prix sur le marché du sucre raffiné en convenant d'éliminer les escomptes n'exigerait pas une analyse de marché. Par contre, nous ne croyons pas que ces circonstances soient susceptibles de survenir où on pourrait affirmer que les prix ont été stabilisés *dans* un marché sans que le marché dans son ensemble ne soit stabilisé. Voir note 101, *infra*.

99 L'élimination de capacité de production *au sein* d'un marché éliminerait sans aucun doute de la capacité de production *du* marché.

100 L'expansion *d'*un marché pourrait être entravée par deux concurrents qui conviendraient d'empêcher la mise en œuvre d'innovations technologiques pendant une certaine période. Bien qu'un ou l'autre pourrait très bien le faire indépendamment, l'accord entre eux serait un comportement illégal en vertu du texte proposé. Voir annexe 4, exemple 11.

suite d'un accord ou d'un arrangement entre concurrents pourra exiger une analyse du marché.[101]

Nous croyons qu'une analyse de l'impact sur le marché est nécessaire et appropriée dans ces derniers cas, lorsque la Couronne ne dispose pas de preuves de l'intention de nuire à la concurrence et que les effets sur la concurrence sont indirects.

2) *Explication de la loi*

(i) *Complots étrangers*

> ***45. (2) Il demeure entendu que toute personne qui conclut un accord ou un arrangement visé au paragraphe (1) et qui a pour but ou comme effet d'influencer, de la façon décrite aux alinéas (1)a), b), c) ou d), un marché situé en totalité ou en partie au Canada commet l'une des infractions visées au paragraphe (1), que cette personne soit établie ou non au Canada et qu'elle y ait ou non une présence.***

À notre avis, la législation canadienne sur la concurrence *doit* être étendue à tous les complots qui ont une incidence sur l'économie canadienne, où qu'ils aient été ourdis, sous réserve des règles de courtoisie internationales.[102] Actuellement, on peut alléguer que la *Loi sur la concurrence* ne vise pas de tels complots et, en particulier, qu'elle s'applique exclusivement aux complots :

- « intervenus au Canada » ou
- « intervenus à l'extérieur du Canada » mais « *appliqués* » au Canada *par une société* « *qui exploite une entreprise au Canada* » en observant une directive, une instruction, un énoncé de politique ou une autre communication [...] lorsque la communication a pour objet de donner effet au Canada à [ce] complot. »[103]

Ainsi, la loi actuelle ne s'applique pas aux accords de fixation des prix conclus au Japon par des sociétés étrangères n'ayant aucune présence au Canada (« complots entièrement étrangers »), même s'ils font augmenter sensiblement le prix de produits achetés par les consommateurs canadiens.[104]

---

101 Par exemple, une accusation voulant que X, Y et Z aient convenu de faire circuler entre eux les listes de prix d'importateurs étrangers pour veiller à ce que l'Agence des douanes et du revenu du Canada se penche sur les cas de dumping, mais que cela a eu pour effet de stabiliser les prix sur le marché de l'acier laminé à chaud, exigerait de faire la preuve que le comportement de X, Y et Z, agissant seuls, pouvait avoir et avait eu pour effet de stabiliser les prix sur le marché de l'acier laminé à chaud. Cet exemple en est un où nous supposons que le commissaire chercherait à trouver une solution par d'autres moyens qu'une poursuite, par exemple en recourant à une ordonnance d'interdiction.

102 Cette norme s'inscrit dans la logique du « critère des effets » qui a été adopté par plusieurs autres États. Voir A.C. Gourley, « Information Flow Across the Border : Is the Bureau of Competition Policy Considering the 'Public Interest' Factor? » (1995), 27 *Ott. L. Rev.* 233, p. 235 (ci-après « Gourley »). Nous supposons que le commissaire accorderait une exemption générale ou ferait une déclaration à l'égard d'accords et d'arrangements ayant seulement un effet indirect ou mineur sur l'économie canadienne. Voir U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (avril 1995), p. 20-23; Gourley, *ibid.*, p. 246-249; *Hartford Fire Insurance* c. *California* (1993), 509 U.S. 764, p. 795-96 : « bien que la proposition n'a pas toujours été à l'abri des doutes, ... il est maintenant bien établi que la loi Sherman s'applique au comportement étranger qui visait à produire et qui a de fait produit un effet *important* aux États-Unis » [traduction]; *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, 15 U.S.C.A. § 6a et § 45(a)(3).

103 *Loi sur la concurrence*, art. 46(1). Pareillement, le paragraphe 49(1) ne semble pas être d'application à l'égard des banques étrangères faisant affaires au Canada. Voir *Competition Law of Canada*, note 16, p. 108-109, n° 4.

104 J.F. Rook et J.M. Hovland, « A Competition Law Pot-Pourri » (allocution au Canadian Institute, le 17 juin 1994) [non publiée], soutiennent que l'alinéa 465(1)c) et le paragraphe 465(4) du *Code criminel* « semblent surmonter les limitations que les tribunaux ont imposées à l'extraterritorialité » [traduction]. Selon ces

Nous ne voyons pas pourquoi les complots entièrement étrangers devraient échapper à la législation canadienne sur les complots, alors qu'ils n'échappent pas aux lois européennes[105] et américaines.[106] À notre avis, une telle approche prive les entreprises et consommateurs canadiens de recours face aux dommages qu'ils subissent. En outre, si la situation était inversée, les sociétés étrangères pourraient entreprendre des poursuites pour les dommages qu'elles subissent.[107] Même si le Canada s'est traditionnellement plus préoccupé que d'autres pays de l'application extraterritoriale de ses lois, il semble que la norme internationale du « critère des effets » est désormais fermement établie.[108]

Par conséquent, le texte proposé prévoit l'abrogation de l'article 46.[109] Si l'article 46 n'avait jamais existé, les tribunaux canadiens auraient peut-être considéré que l'article 45 s'appliquait à tous les accords ou arrangements ayant un effet sur l'économie canadienne;[110] toutefois, puisque la disposition a déjà fait partie de la loi, son abrogation pourra laisser penser que le Parlement n'a plus l'intention de poursuivre *aucun* complot ourdi à l'extérieur du Canada. C'est pourquoi le texte proposé propose un nouveau paragraphe 45(2) qui vise à assurer que la loi canadienne s'applique

---

dispositions, conspirer avec une autre personne pour commettre un acte délictueux est une infraction et toute personne conspirant de la sorte à l'extérieur du Canada est présumée l'avoir fait au Canada. Nous ne connaissons pas de cas où un tribunal canadien a examiné ces dispositions dans le contexte de la *Loi sur la concurrence*, mais nous doutons qu'ils pourraient faire abstraction du texte explicite de l'article 46. Voir aussi *Loi sur la concurrence*, art. 11(2).

105 Voir *Åhlström* c. *Commission*, [1993] 4 C.M.L.R. 407; *Ansac*, OJ 1991 L152/54.

106 Voir *American Banana Co.* c. *United Fruit Co.* (1909), 213 U.S. 347; *U.S.* c. *Aluminum Co. of America* (1964), 377 U.S. 271; *Hartford Fire Insurance* c. *California* (1993), 509 U.S. 764. Voir aussi *In the Matter of Institut Merieux S.A.* (1990), 113 F.T.C. 742 (affaire de fusionnement).

107 Plusieurs complots internationaux qui ont des effets sur l'économie canadienne sont le fait de plusieurs parties différentes, certaines disposant de filiales canadiennes qui vendent au Canada (« vendeurs étrangers ayant une présence active »), d'autres qui n'ont que des bureaux ou agences de ventes assurant simplement des fonctions d'administration et de promotion au Canada (« vendeurs étrangers ayant une présence passive ») et d'autres encore qui n'ont aucune présence physique au Canada (« vendeurs étrangers non présents »). Les entreprises canadiennes souhaitant obtenir dédommagement de telles parties doivent actuellement affronter plusieurs difficultés procédurales dès qu'elles mentionnent dans leur réclamation soit des vendeurs étrangers ayant une présence passive, soit des vendeurs étrangers non présents. Dans le cas des vendeurs étrangers non présents par exemple, ces parties doivent affirmer que ni l'article 45 ni l'article 46 ne s'appliquent à leur endroit. S'ils ont fait des achats uniquement de vendeurs étrangers non présents et qu'ils omettent de les mentionner dans leur réclamation au titre de la responsabilité conjointe et individuelle, les intimés n'hésiteraient certainement pas (en l'absence d'un accord visant une défense commune) à nier toute responsabilité et en toute hypothèse à entamer une action réciproque à l'encontre du vendeur étranger non présent. D'autres questions semblables surviendraient avec des vendeurs étrangers ayant une présence passive qui n'auraient peut-être pas « appliqué » au Canada un complot étranger. On peut dès lors soutenir que la loi actuelle dissuade la présence étrangère – et donc l'investissement – au Canada.

108 Voir *Competition Law of Canada*, note 16, *supra*, ch. 13, « International Aspects of Competition Law »; Gourley, note 102, *supra*, p. 235. Dans *Libman* c. *The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 206, p. 232, la Cour suprême du Canada a affirmé que les tribunaux canadiens pouvaient affirmer leur compétence dans les affaires criminelles lorsqu'il y avait un lien réel et important entre l'infraction et le Canada.

109 Un observateur soutient que l'article 46 pourrait être anticonstitutionnel en vertu du fait qu'un accusé peut être condamné pour avoir mis en œuvre une communication étrangère faisant suite à un complot au Canada sans même connaître l'existence du complot. Voir S. Bradley, « Implementing Foreign Conspiracies : Guilty Notwithstanding? » (1993), 14 *Can. Comp. Rec.* 56.

110 Voir *Elliott*, note 12, *supra*, où le complot présumé concernait en partie le refus de négociants de charbon américains de vendre en gros à des résidents de l'Ontario qui n'étaient pas membres de l'association impliquée dans le complot. En confirmant la condamnation en première instance, Osler, J.C.A. a affirmé ceci : « on a soutenu que la coalition n'était pas visée par la Loi parce qu'elle touchait uniquement l'offre à la source, dans un pays étranger, mais ce n'est pas là sa portée complète ou sa limite. Elle touche la concurrence dans ce pays en matière d'offre et de vente de charbon et il est indifférent qu'elle touche aussi le comportement du fournisseur étranger lorsqu'elle concerne et touche des personnes résidant ici » [traduction].

aux complots entièrement étrangers qui visent à influencer ou qui influencent de quelque façon les marchés au Canada, en tout ou en partie.[111]

Le texte proposé s'appliquerait par conséquent :

1) aux accords entre concurrents étrangers visant à fixer les prix de produits vendus dans tout marché, à la condition que l'un des marchés soit le Canada ou une partie du Canada;

2) aux accords entre concurrents étrangers pour restreindre ou éliminer la production, à la condition que l'accord influence les prix ou d'autres éléments de concurrence au Canada;

3) aux accords entre concurrents étrangers qui ont eu comme effet d'empêcher l'entrée ou l'expansion d'une autre entreprise étrangère ou canadienne dans un marché dont le Canada ou une partie du Canada fait partie;

4) aux accords entre concurrents étrangers qui ont eu pour effet de répartir la clientèle, de cesser de fournir ou d'acheter ou d'influencer de quelque façon les relations de l'un d'entre eux avec des clients ou des fournisseurs au Canada.

Nous reconnaissons que le texte proposé élargit considérablement l'application extraterritoriale de la législation canadienne sur les complots; par contre, nous supposons que le commissaire délivrerait une exemption générale ou ferait une déclaration à l'égard des transactions internationales qui, si elles faisaient l'objet de poursuites, pourraient aller à l'encontre de la courtoisie entre nations.[112]

(ii) Norme de preuve

> ***45. (3) Lors d'une poursuite intentée en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut inférer l'existence d'un accord ou d'un arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties à l'accord ou à l'arrangement, mais il demeure entendu que l'existence de l'accord ou de l'arrangement doit être prouvée hors de tout doute raisonnable.***

La législation actuelle sur les complots exige que plusieurs éléments soient prouvés *hors de tout doute raisonnable* :[113]

1) *acte coupable (actus reus)* : La Couronne doit prouver (i) que les accusés ont conclu un accord ou un arrangement et que (ii) l'accord ou l'arrangement a *indûment* réduit ou empêché la concurrence ou que, s'il avait été mis en place, il aurait *vraisemblablement*[114] eu cet effet;

---

111 L'approche américaine à l'égard des cartels étrangers comporte trois volets : des modifications au *Federal Trade Commission Act* et au *Sherman Act* qui clarifient le fait que le commerce étranger est exempté de l'application de ces lois à moins qu'il n'y ait un « effet direct, important et raisonnablement prévisible » [traduction] sur le commerce intérieur; le *Webb-Pomerene Act*; et le *Export Trading Company Act of 1982*. Le *Webb-Pomerene Act*, 15 U.S.C.A. §§ 61-66, assure l'immunité du *Sherman Act* de façon à permettre à certaines associations commerciales enregistrées auprès de la Federal Trade Commission de faire de l'exportation, tandis que le *Export Trading Company Act of 1982*, 15 U.S.C.A. §§ 4001-4021, permet la délivrance d'un certificat d'examen exemptant une activité d'exportation proposée des lois antitrust.

112 Voir note 102, *supra*. Nous supposons que le commissaire adopterait un critère semblable à celui des « effets directs, importants et raisonnablement prévisibles » utilisé aux États-Unis. Voir note 137, *infra*.

113 *PANS*, note 12, *supra*.

114 Il nous est difficile de concevoir que la Couronne peut démontrer *au-delà de tout doute raisonnable* que quelque chose était *susceptible* d'arriver.

2) *intention criminelle (mens rea)* : La Couronne doit prouver que (i) les accusés avaient l'intention de conclure l'accord ou l'arrangement et (ii) qu'ils savaient, ou auraient dû savoir, que l'accord ou l'arrangement aurait l'effet requis sur un marché.[115]

Le texte proposé n'a pas d'incidence importante sur les éléments intellectuels ou physiques de l'infraction de complot. La Couronne devra quand même faire la preuve que les accusés ont conclu ou avaient l'intention de conclure un accord ou un arrangement. En outre, la Couronne devra prouver (i) que l'accord ou l'arrangement a eu sur la concurrence l'un des effets mentionnés dans la loi (c.-à-d., entre autres, fixation des prix, restriction sur la production) et que les accusés savaient ou auraient dû savoir qu'il aurait l'un des effets ou (ii) que les accusés avaient l'intention d'influencer la concurrence de l'une des manières prévues dans la loi.

(iii) Chevauchement de certaines dispositions

45. (5) Des procédures en application du paragraphe 45(1) ne peuvent pas être entreprises contre une personne

a) qui fait l'objet d'une demande d'ordonnance en vertu de l'article 77, 79 ou 92,

b) contre qui le commissaire a demandé, en vertu de l'article 83, une ordonnance

lorsque cette demande est fondée sur les mêmes faits ou sensiblement les mêmes faits que ceux qui seraient exposés dans les poursuites intentées en vertu de l'article 77, 79, 83 ou 92.

Il est possible qu'un certain nombre de dispositions chevauchent le texte du paragraphe 45(1) de la *Loi sur la concurrence*, notamment les articles 75[116], 79, 83 et 92; le paragraphe 45(1) de la *Loi sur la concurrence* reconnaît d'ailleurs explicitement ce fait. Il pourrait également y avoir chevauchement d'autres dispositions, notamment les articles 47, 49, 61, 77, 78, 79 et 85 à 90 et du paragraphe 45(1) du texte proposé. Chacune de ces dispositions est discutée dans la section C.2 ci-dessous.

b) Exemptions

1) Banques

45. (4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard d'un accord ou d'un arrangement

a) visé au paragraphe 49(1) lorsque cet accord ou arrangement a lieu entre des institutions financières fédérales 49(1)

Nous ne proposons pas de modifier l'exemption actuellement prévue pour les banques, laquelle a trait au paragraphe 49(1) et vise simplement à éviter le risque antérieur. De plus, nous n'avons ni étudié ni présenté aucune proposition relative à l'article 49 car nous considérons que cela ne relève pas du présent rapport. Par contre, on pourrait sans doute très bien soutenir qu'il n'est pas justifié de traiter les accords et arrangements coopératifs entre institutions financières selon un critère différent de celui appliqué à toutes les industries.

---

115 Nous supprimerions le paragraphe 45(2.2) de la *Loi sur la concurrence* parce qu'il a été en grande partie subsumé dans *PANS*, note 12, *supra*. Nous prévoyons que ce jugement dicterait et influencerait l'interprétation du texte proposé.

116 Bien que nous n'ayons pas examiné le chevauchement entre l'article 45 du texte proposé et l'article 75 de la *Loi sur la concurrence*, il est possible que ces deux dispositions s'appliquent à un refus de vendre.

2) Affiliées

45. (4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard d'un accord ou d'un arrangement :

...

b) conclu exclusivement entre des personnes qui, considérées individuellement, sont des affiliées de chacune des autres.

(6) Aux fins de l'alinéa (4)b),

a) une personne morale est présumée être affiliée à une autre personne morale si l'une d'elles détient des titres comportant suffisamment de droits de vote permettant d'élire des administrateurs de l'autre, ou des titres pouvant être convertis en titres comportant suffisamment de droits de vote pour élire des administrateurs de l'autre, de façon à, sans égard aux autres facteurs, exercer un contrôle sur l'autre ou à constituer une participation importante dans l'autre;

b) une société de personnes est présumée être affiliée à une autre personne si la personne détient une participation suffisante dans la société de personnes pour avoir le droit de recevoir des bénéfices de la société de personnes ou de recevoir les actifs de la société de personnes au moment de sa liquidation, de façon à, sans égard aux autres facteurs, contrôler ou détenir une participation importante dans la société de personnes;

c) si, en vertu des alinéas a) ou b), deux personnes morales sont affiliées à la même personne morale au même moment, elles sont réputées être affiliées l'une à l'autre;

L'un des concepts qui est peut-être l'un des moins étudiés, mais l'un des plus importants, de la législation canadienne sur la concurrence est l'inclusion et l'exclusion, à des fins différentes, de personnes morales liées, par l'utilisation de la définition de l'expression « affilié(e) ».[117] Actuellement, le paragraphe 45(8) de la *Loi sur la concurrence* exempte tous les complots

[117] Ce terme ou un terme semblable est utilisé sous 4.1, 11(2), 45(8), 47(3), 49(2)*i*), 61(2), 77(4), 109(1), 110(3)*b*), 110(6)*b*), 113*a*) et 117(1), bien qu'une définition particulière s'appliquant aux fins de 77(4), 113*a*) et 117(1) soit donnée en vertu de 77(5), 77(6), 108(2), 117(2) et 117(3). Il n'y a guère de jurisprudence concernant l'application du paragraphe 45(8). Plusieurs affaires appuient la proposition voulant qu'aux fins de la détermination des peines, les entreprises ayant des liens entre elles devraient être regroupées, mais il y a peu de causes qui aident à répondre aux questions plus difficiles comme celles se posant dans l'affaire *Copperweld*. Voir *Copperweld Corp* c. *Independence Tube Corp.* (1984), 467 U.S. 752. Dans un cas, les ventes captives ont été prises en considération pour réduire le montant de l'amende : *R.* c. *ABC Ready-Mix Ltd.* (1972), 17 C.P.R. (2d) 91 (H.C. Ont.J.). *Pindoff Record Sales Ltd.* c. *CBS Music Products Inc.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 380 (H.C. Ont.) est peut-être la seule affaire substantielle jusqu'à présent qui a pris en considération le paragraphe 45(8), ce qui a des implications gênantes. Dans l'affaire *Pindoff*, le requérant a poursuivi CBS Music Products Inc., filiale canadienne de CBS, Inc., de même que CBS, Inc. Le tribunal a accepté qu'un complot entre une société-mère et une filiale ne pouvait subsister en regard du paragraphe 45(8), à la lumière de *Procter & Gamble* (*Procter & Gamble Co.* c. *Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 430). Il a toutefois permis au requérant de modifier sa réclamation de façon à plaider que certains défendeurs sont des dirigeants de CBS, Inc. ou de sa filiale canadienne. Le tribunal a affirmé que bien qu'une entreprise ne puisse pas conspirer avec ses propres dirigeants supérieurs, il y a d'autres employés de l'entreprise avec lesquels elle peut conspirer. Dans la mesure où le juge dans l'affaire *Pindoff* faisait allusion à un complot criminel, nous ne sommes pas d'accord. Un complot criminel suppose un *empêchement ou une diminution* de la concurrence; il est inconcevable qu'un complot interne à une entreprise, qu'il implique des entreprises ou des employés apparentés, puisse réduire ou empêcher la concurrence au sens envisagé au paragraphe 45(1). Voir aussi *Electrical Contractors*, note 12, *supra*, où il a été jugé qu'une personne physique avait fait suite à un complot entre deux entités juridiques distinctes qui n'étaient pas affiliées; *Canadian Dredge and Dock Co. Litd.* c. *The Queen* (1985), 19 C.C.C. (3d) 1 (S.C.C), qui a adopté la théorie de l'identification pour conclure à la responsabilité à l'égard d'un complot criminel; *Dominion Steel*, note 58, *supra*, où le tribunal a refusé d'exclure une filiale au motif qu'elle avait agi sous le contrôle de sa société mère. Voir aussi *Community Publishers, Inc.* c. *DR Partners* (1998), 139 F.3d 1180 (8th Cir.); *Chicago Professional Sports Ltd. Partnership* c. *NBA* (1996), 95 F.3d 593 (7th Cir.).

« intervenus exclusivement entre des personnes morales qui, considérées individuellement, sont des affiliées de chacune des autres personnes morales en question ». En vertu des paragraphes 2(2), (3) et (4), une personne morale est affiliée à une autre personne morale si l'une d'elles contrôle l'autre, directement ou indirectement, ou si toutes deux sont contrôlées par la même personne. Une personne morale est présumée être « contrôlée » par une personne[118] si cette dernière détient plus de 50 p. 100 des valeurs mobilières de la personne donnant droit de vote[119] *et* que ces votes sont suffisants pour élire une majorité des administrateurs de la personne morale.

Puisque la Partie VIII de la *Loi sur la concurrence* réglemente l'acquisition du contrôle d'une personne morale (comme un « fusionnement »), l'exemption prévue au paragraphe 45(8) en ce qui a trait à *l'exercice* de ce contrôle est bien inspirée. Il faut néanmoins déterminer si l'exemption est suffisamment vaste. Par exemple, si une personne exerce un contrôle de fait sur une personne morale, pourquoi *l'exercice* de ce pouvoir constituerait-il une infraction criminelle?[120] La question a une grande importance, étant donné la définition très floue du mot « fusionnement », qui aurait certainement englobé *l'acquisition* du contrôle.[121]

Ainsi, nous sommes partis de plusieurs propositions pour formuler de nouvelles exemptions pour les affiliées :

- d'abord, la législation sur les complots doit considérer deux ou plusieurs personnes liées comme « s'exprimant d'une seule et même voix » uniquement dans les situations les plus claires (c.-à-d. lorsqu'il y a contrôle de droit);

- ensuite, si une personne morale est capable d'exercer un contrôle de fait sur une autre personne morale, *l'exercice* de ce contrôle ne doit pas faire l'objet de poursuites pénales si le commissaire peut exercer des mesures correctives en vertu des lois canadiennes sur les fusionnements;

---

118 Autre qu'une société contrôlée par Sa Majesté la Reine.

119 D'aucuns soutiennent que ces dispositions ne définissent ou ne précisent pas de façon exhaustive comment des entreprises peuvent être affiliées entre elles mais, aux fins du présent rapport, nous avons supposé que la définition est exhaustive. Voir Gourley et VanDuzer, note 43, *supra*, § 3430, *et seq*.

120 Voir Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1968* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1968), p. 34 (« Rapport concernant une enquête sur la production, la fabrication, la vente et la fourniture des bois lamellés-collés, en Ontario et au Québec »), où le fait qu'un concurrent avait acquis 20 p. 100 des actions votantes d'une entreprise et obtenu un siège à son conseil d'administration permettait qu'il exerce une influence sur sa politique en matière de ventes et de distribution; le dessaisissement de l'intérêt avait été recommandé; Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1957* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1957), p. 19, où l'acquisition de 41 p. 100 des actions d'un concurrent permettait à la société-mère de fait d'imposer un accord de gestion à sa filiale de fait. Le directeur a traité l'acquisition et l'accord de gestion en vertu des dispositions civiles sur le fusionnement. À titre d'exemple où l'exercice présumé d'un contrôle de fait (participation de 33 p. 100) a été traité selon les dispositions criminelles, voir aux États-Unis *Timken Roller Bearing Co.* c. *U.S.* (1951), 341 U.S. 593, p. 598. Voir aussi ABA Section of Antitrust Law, « Chapter IV – Joint Ventures » dans *Antitrust Law Developments* (Chicago : Amer. Bar Assoc'n, 1997), p. 412-415. En Europe, « le comportement d'une filiale peut être imputé à la société-mère, du moins si celle-ci contrôlait ou influençait de façon décisive les activités de la filiale » [traduction] – Bellamy & Child, note 44, *supra*, p. 49. Voir aussi *ibid.*, p. 320-21; *Gosme/Martell - DMP*, [1992] 5 C.M.L.R. 586 (accord entre X et sa filiale à 50 p. 100 Z, dans laquelle Y détient une participation équivalente).

121 Le terme « fusionnement » est défini comme étant « l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement, du contrôle de la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client, ou d'une autre personne, ou encore d'un *intérêt relativement important* dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise ».

- enfin, il faut établir une distinction favorable aux accusés entre les personnes morales qui « s'expriment d'une seule et même voix » et celles qui agissent comme des participants indépendants de l'économie, en particulier s'il existe d'autres recours à la disposition du commissaire.

Par conséquent, nous avons utilisé la définition existante d'affiliée de droit (c.-à-d. la définition donnée au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la concurrence*) pour définir le critère de l'illégalité en soi dans le paragraphe 45(1), lequel pourrait permettre de déterminer la conduite d'une partie liée par rapport à une autre partie.[122] Nous avons ensuite appliqué l'exemption prévue au paragraphe 45(4) à tous les accords ou arrangements conclus exclusivement entre personnes morales qui sont des affiliées de droit. Nous avons même poussé plus loin l'exemption en présumant que des personnes morales sont affiliées si l'une d'elles a acquis suffisamment de *valeurs mobilières* ou, s'il s'agit d'une société de personnes, *une participation suffisante aux bénéfices ou aux actifs en cas de dissolution*, pour constituer une participation importante dans l'autre.[123]

De fait, notre modèle élargit la définition du terme « affilié(e) » aux fins de l'article 45(1) de façon à exempter de l'application du paragraphe 45(1) tous les accords et arrangements entre personnes morales, sociétés de personnes ou autres personnes liées si ces liens découlent de la propriété de valeurs mobilières ou d'une participation aux bénéfices ou dans les actifs dont l'acquisition est ou a été soumise à des règlements en vertu des dispositions sur les fusionnements. Par conséquent, nous obligerions le commissaire à contester *l'acquisition* d'une telle participation en vertu de dispositions civiles plutôt que de contester *l'exercice* du pouvoir donné par l'acquisition en vertu de dispositions pénales.

3) Restrictions accessoires, coentreprises et autres

i) Généralités

45. (4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard d'un accord ou d'un arrangement :

...

c) ou d'un effet qui est accessoire (« accord ou effet accessoire ») à un autre accord ou arrangement (« accord principal »), notamment un accord visant l'acquisition ou la location de biens, et dont l'objectif principal n'est pas d'avoir l'un des effets visés aux alinéas (1)a), b), c) ou d), si :

(i) l'accord ou l'effet accessoire est raisonnablement nécessaire pour donner effet à l'accord principal ou s'il fait partie intégrante de l'accord principal;

(ii) il n'était pas raisonnablement prévisible, au moment où l'accord principal a été conclu, que l'accord ou l'effet accessoire aurait pour effet de réduire ou d'empêcher la concurrence,

à la condition, toutefois, que si l'objectif prédominant de l'accord principal est de réaliser des gains en efficience, les parties sont présumées ne pas avoir conclu l'accord pour qu'il ait pour les effets visés aux alinéas (1)a), b), c) et d)

---

122 L'inclusion d'affiliées de droit évite le risque que des parties créent des entreprises pour accomplir des activités qui seraient par ailleurs illégales, en arguant qu'aucun accord ou arrangement n'a eu lieu entre ou parmi des concurrents.

123 Voir note 121, *supra*.

Une restriction accessoire est une restriction ou une limite accessoire[124] à la concurrence imposée à l'égard d'un accord ou d'un arrangement par ailleurs légal ou admissible. Les restrictions accessoires découlent fréquemment de l'acquisition d'actifs, par exemple les actions d'une personne morale qui exploite une entreprise.[125] Elles résultent aussi fréquemment de coentreprises constituées en vue de faire de la recherche-développement ou de la production. Les restrictions accessoires à la concurrence n'étant pas *l'objet principal* de la transaction, il est justifié de les traiter différemment, en particulier si elles sont raisonnablement nécessaires pour donner effet à l'accord principal. La plupart du temps, les autorités en matière de concurrence traitent les restrictions accessoires avec plus d'indulgence que les véritables restrictions à la concurrence parce qu'elles reconnaissent que l'incidence générale d'une coentreprise peut être d'améliorer la concurrence. Par exemple, une coentreprise de recherche-développement peut mener à la création de produits novateurs, par exemple des médicaments, alors que les résultats d'une coentreprise de production peuvent être l'accroissement de l'efficacité et la réduction des coûts de production.

L'objectif principal que nous poursuivons avec l'alinéa 45(4)*c*) est de soustraire sans équivoque à l'application de la loi toutes les transactions qui ont sur la concurrence des effets non intentionnels, mineurs, négligeables ou nécessaires[126], pourvu que :

1) l'accord accessoire soit raisonnablement nécessaire pour donner effet à l'accord principal ou qu'il en fasse partie intégrante;

2) il n'était pas raisonnablement prévisible, au moment où la transaction a été conclue, qu'elle aurait comme résultat de diminuer ou d'empêcher *sensiblement* la concurrence.

Nous croyons que l'alinéa 45(4)*c*) établit un équilibre adéquat entre les préoccupations relatives à *l'approbation inefficace* de coentreprises, d'acquisitions et autres accords principaux qui sont favorables à la concurrence ou qui n'ont aucun effet sur la concurrence, et le besoin d'examiner de près les accords et arrangements qui risquent de créer des problèmes.[127] S'il n'est pas possible

---

124 Pour être considérés comme étant accessoires, l'accord, arrangement ou effet doit être manifestement subordonné en importance à l'objet principal de la transaction. Voir Bellamy et Child, note 44, *supra*, p. 346, ¶ 6-081.

125 Le projet de loi C-256 aurait prévu l'exemption suivante de la disposition sur les complots :

> [La disposition sur les accords et arrangements interdits] ne concerne ni n'atteint l'applicabilité d'une convention, qui est autrement exécutable entre les personnes qui y sont parties, par une personne
>
> *a*) qui cesse d'exploiter une entreprise ou d'exercer une profession, lorsque cette convention porte que, dans une période ou une région donnée ou dans l'une et l'autre, elle n'exploitera pas l'entreprise ni n'exercera de profession similaire;
>
> *b*) qui vend ou donne à bail des locaux lorsque cette convention porte que, dans une période ou une région donnée ou dans l'une et l'autre, elle n'exploitera pas une entreprise ni n'exercera une profession qui était antérieurement exploitée ou exercée dans ces locaux; ou
>
> *c*) qui commence ou continue à exercer un emploi, lorsque cette convention porte que, dans une période ou une région donnée ou dans l'une et l'autre, après la cessation de cet emploi, elle n'exploitera pas d'entreprise ni n'exercera de profession similaire à celle dans laquelle elle est employée,
>
> sauf lorsqu'une personne ayant le droit de mettre la convention en application occupe une position de monopole, au sens où l'entend l'article 41.

Nous croyons que le texte proposé tiendrait compte de tous les concepts en *a*), *b*) et *c*) et de restrictions accessoires supplémentaires qui ne seraient guère susceptibles de nuire à la concurrence.

126 L'effet sur la concurrence ne doit pas être un des principaux objets de l'accord principal.

127 Nous ne tenterions pas de nuancer ou de limiter la portée des « accords principaux » qui pourraient être conclus en vue de profiter de l'application de l'exemption. Par contre, les Lignes directrices américaines sur

d'obtenir une exemption parce que l'une de ces conditions n'est pas remplie, les parties peuvent tout de même demander un certificat d'autorisation, comme nous le mentionnons plus loin.[128]

(ii) « Accord », « arrangement » ou « effet » accessoire

Dans beaucoup de cas, aucune restriction accessoire n'est liée à un accord ou à un arrangement; par contre, il en résulte un *effet* accessoire (c.-à-d. que les parties n'avaient pas l'intention d'influencer la concurrence, mais l'accord ou l'arrangement conclu a eu cet effet). Par exemple, un simple contrat d'achat, sans autre clause, n'a habituellement pas comme objectif de réduire ou d'empêcher la concurrence. Pourtant, il est possible qu'un tel contrat ait comme *effet* que l'acheteur élimine des sources indépendantes et concurrentielle de production ou leur capacité de production. Étant donné que le large filet tissé par le paragraphe 45(1) du texte proposé s'appliquerait autrement à un tel effet, il est approprié de prévoir qu'il ne s'y appliquera pas, à moins que l'impact sur la concurrence ne soit *important* et *raisonnablement prévisible*.[129]

(iii) « Dont l'objectif principal n'est pas d'avoir l'un des effets »

Il faut user de prudence lorsqu'il s'agit de prévoir une exemption visant à faire en sorte que les restrictions accessoires ne soient pas sujettes au critère d'illégalité en soi. Prenons les exemples suivants :

- dans le contrat d'achat d'une entreprise exploitée à Montréal, *l'acheteur* convient de ne pas entrer sur le marché de Toronto et de ne pas y faire concurrence au vendeur pour une période de temps déterminée[130];

---

la collaboration entre concurrents semblent suggérer que les genres d'accords principaux qui puissent être pris en considération sont uniquement ceux qui correspondent à des « intégrations d'activités économiques améliorant l'efficacité » [traduction]. Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents, note 36, *supra*, §3.2.

128 Voir partie C.1(b)(5).

129 Voir annexe 4, exemple 5.

130 Voir Communauté européenne, *Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration*, que l'on trouve à http://europa.eu.int/comm/competition/oj_extracts/2001_c_188_07_04_0005_0011_fr.pdf (consulté le 7 août 2001), ¶¶ 12, 13 et 17 (ci-après « *Communication de la Commission sur les restrictions accessoires* ») :

> Les obligations de non-concurrence imposées au vendeur dans le cadre de la cession d'une entreprise ou d'une partie d'une entreprise peuvent être directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration. Pour prendre possession de la valeur totale des actifs qui lui sont cédés, l'acquéreur doit pouvoir bénéficier d'une certaine protection contre la concurrence du vendeur, de manière à être en mesure de fidéliser la clientèle, ainsi que d'assimiler et d'exploiter le savoir-faire. Ces clauses de non-concurrence garantissent le transfert à l'acquéreur de la valeur totale des actifs cédés qui comprennent, en règle générale, tant des biens corporels que d'autres actifs incorporels comme le goodwill que le vendeur s'est constitué ou le savoir-faire qu'il a développé. Ces actifs sont non seulement directement liés à l'opération de concentration, mais également nécessaires à sa réalisation car, en leur absence, il y aurait raisonnablement lieu de s'attendre à ce que la vente de l'entreprise ou de la partie d'entreprise ne puisse avoir lieu. [Néanmoins, c']est l'aquéreur qui doit recevoir l'assurance qu'il pourra prendre possession de la valeur totale de l'activité acquise. Par conséquent, en règle générale, soit les restrictions en faveur du vendeur ne sont tout simplement pas directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration, soit elles doivent avoir une portée et/ou une durée plus limitées que celles des clauses en faveur de l'acquéreur. ... [De plus, l']acquéreur ne doit pas être protégé de la concurrence du vendeur sur les marchés de produits ou de services sur lesquels l'entreprise cédée n'était pas active avant la cession.

- deux sociétés titulaires de brevets de base obtenus dans deux pays différents règlent une poursuite sur leurs droits respectifs dans les brevets et concluent des accords de licences réciproques, ce qui a pour effet que l'une des sociétés est active dans un pays, et la seconde dans l'autre pays.

Ces exemples montrent pourquoi il est nécessaire que le critère d'illégalité en soi s'applique aux accords ou arrangements dont *l'objet* est soit d'influencer les prix ou la production, soit de répartir la clientèle ou de diviser la région géographique, que l'objectif soit atteint directement ou par des moyens détournés.[131]

Nous avons rédigé l'alinéa 45(4)*c*) de façon à ce que l'exemption pour restrictions accessoires soit refusée lorsque l'un des principaux objectifs de l'accord ou de l'arrangement est d'avoir un impact sur la concurrence. Une conséquence significative de cette approche est d'éviter les longues procédures visant à déterminer si *l'objectif* ou *l'objectif prédominant* de l'accord ou de l'arrangement principal est d'avoir un impact sur la concurrence.[132] Par ailleurs, nous nous sommes aussi assurés de ne pas exclure les accords et arrangements qui ont clairement été conclus en vue de réaliser des gains en efficience. (Voir la partie C.1(b)(3)(vi) ci-dessous.)

(iv) « Raisonnablement nécessaires » ou « partie intégrante »

L'accord, l'arrangement ou l'effet accessoire doit être raisonnablement nécessaires pour donner effet à l'accord principal ou en être une partie intégrante. Nous ne pouvons imaginer de situation où un effet accessoire ne serait pas considéré faire partie intégrante d'un accord principal. En ce qui a trait aux accords ou arrangements accessoires, nous pensons que l'interprétation de l'expression « raisonnablement nécessaires » sera influencée par la jurisprudence américaine :

> Une restriction en apparence anticoncurrentielle peut être acceptable uniquement si elle est raisonnablement nécessaire pour atteindre un objectif légitime. Pour être raisonnablement nécessaire, la restriction doit non seulement promouvoir l'objectif légitime [de l'accord] mais aussi atteindre ce résultat beaucoup mieux que les autres solutions possibles et moins restrictives. La question comporte deux volets. La restriction permet-elle d'atteindre l'objectif légitime avoué? Cet objectif peut-il être atteint tout aussi bien sans restreindre autant la concurrence? » [traduction].[133]

Nous avons utilisé la formulation « partie intégrante » pour assurer que les mots « raisonnablement nécessaires » ne soient pas interprétés de façon restrictive et de façon à limiter l'utilité réelle de

---

131 Voir annexe 4, exemples (6) et (7).

132 Voir, par exemple, la jurisprudence sur la question de savoir si la politique de bas prix d'un client auquel on a refusé de vendre doit être *le seul motif réel*, *un motif important* ou un cause immédiate pour que la Couronne obtienne une condamnation en vertu de l'alinéa 61(1)*b*) de la *Loi sur la concurrence*. Voir *Competition Law of Canada*, note 16, *supra*, citant *R.* c. *Andico Manufacturing Ltd.* (1983), [non publié] (B.R. Man.); *R.* c. *Royal LePage Real Estate Services Ltd.*, [1993] A.J. No. 654.

133 Voir Areeda et Hovenkamp, note 49, *supra*, ¶ 1505. Voir aussi *Yamaha Motor Co.* c. *Federal Trade Commission* (1981), 657 F.2d 971, *cert. denied* (1982), 456 U.S. 915, où une coentreprise entre une entreprise japonaise et une entreprise américaine – concurrents potentiels sur le marché américain – visant à mettre au point une nouvelle gamme de moteurs hors-bord a été jugée illégale en raison, notamment, de la restriction imposée à l'entreprise japonaise quant à la commercialisation indépendante aux États-Unis; Bork, note 27, *supra*, p. 265-66 : « "des restrictions dans les clauses du partenariat à l'égard des activités commerciales des parties en vue d'assurer qu'elles consacrent tous leurs efforts à l'entreprise commune ne sont évidemment qu'accessoires à l'objet principal de l'union et doivent être encouragées". Par "accessoire", le juge Taft voulait dire que l'accord était subordonné à la transaction principale, le partenariat, et contribuait à son efficacité. Cette définition exige que l'accord éliminant la concurrence n'ait pas une portée plus grande que ne l'exige son objet » [traduction].

l'exemption.[134] Ainsi, nous espérons faire en sorte que l'argument voulant que sans la restriction en cause, l'accord n'aurait jamais été conclu et ses avantages n'auraient jamais été réalisés soit accepté sans équivoque.[135]

(v) « Il n'était pas raisonnablement prévisible ... que l'accord ou l'effet accessoire aurait pour effet de réduire ou d'empêcher la concurrence »

L'expression « raisonnablement prévisible » est beaucoup utilisée en droit délictuel; elle signifie ce à quoi il est objectivement raisonnable de s'attendre, non ce qui peut éventuellement se produire. Comme l'a énoncé la Cour suprême du Canada :

> La loi n'exige pas d'un homme prudent qu'il prévoie tout ce qui peut se produire. Il faut faire preuve de prudence contre un danger si ce danger est suffisamment probable pour faire partie de la catégorie des risques habituellement prévisibles. Exiger plus et prétendre qu'un homme prudent doit prévoir toutes les possibilités, si vagues qu'elles puissent être, rendrait impossible toute activité pratique. » [traduction][136]

L'expression « effet direct, important et raisonnablement prévisible » (*direct, substantial and reasonably foreseeable effect*) est aussi utilisée dans le *Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982*.[137]

(vi) « L'objectif prédominant de l'accord principal est de réaliser des gains en efficience »

---

134 Par exemple, un engagement de la part de participants à une coentreprise à ne pas faire concurrence à la coentreprise tant qu'elle existe n'est pas nécessairement, à proprement parler, indispensable à la coentreprise. Nous supposons qu'un tribunal canadien jugerait la restriction *raisonnablement* nécessaire, mais croyons qu'il n'y aurait pas de doute que la restriction fait partie intégrante de la coentreprise. Voir annexe 4, exemples (8) et (9).

135 Voir Bellamy et Child, note 44, *supra*, p. 165-66 : « La Commission a quelquefois soutenu que sans la restriction en cause – par exemple une clause d'exclusivité –, l'accord n'aurait jamais été conclu et ses avantages n'auraient jamais été réalisés. En général, une disposition qui garantit l'objet principal de l'accord sera considérée comme étant indispensable. Par exemple, l'exigence de ne pas vendre à l'extérieur du système est indispensable à un réseau de distribution sélective; une restriction quant aux salons commerciaux où il est permis d'exposer est indispensable pour assurer la rationalisation des tels salons; l'obligation de réduire la capacité de production est indispensable à un accord de restructuration; et un accord interdisant de livrer concurrence à une coentreprise est généralement indispensable pour réaliser les avantages de la coentreprise en cause » [traduction]; *Communication de la Commission sur les restrictions accessoires*, note 130, *supra*, ¶ 8, où la Commission européenne exige que les restrictions accessoires soient « "nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration", ce qui signifie que, en leur absence, la concentration ne pourrait pas être réalisée ou ne pourrait l'être que dans des conditions plus aléatoires, moyennant un coût sensiblement plus élevé, dans un délai nettement plus long ou beaucoup plus difficilement. Les accords qui visent à protéger la valeur cédée en maintenant la continuité d'approvisionnement après le démembrement de l'ancienne entité économique ou qui permettent à une nouvelle entité de démarrer, remplissent généralement ces conditions »; *Communication de la Commission sur les entreprises communes à caractère coopératif*, note 64, *supra*, ¶¶ 65-76. Voir aussi Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents, p. 9 : « un accord peut être "raisonnablement nécessaire" sans être essentiel. Cependant, s'il se trouve que les participants auraient pu réaliser par d'autres moyens pratiques et moins restrictifs une intégration équivalente ou comparable en vue d'améliorer l'efficacité, les organismes concluront que l'accord n'est pas raisonnablement nécessaire » [traduction]. Voir aussi *ibid.*, p. 28 (exemple 2).

136 *Wade* c. *Canadian National Railway Co.*, (1977), 80 D.L.R. (3d) 214, p. 231, citant *Ouellet* c. *Cloutier*, [1947] R.C.S. 521.

137 15 U.S.C.A. § 6a et § 45(a)(3); Holmes, note 37, *supra*, p. 782. Voir annexe 4, exemple 10.

Il arrive souvent que l'objectif principal ou prédominant de la collaboration entre concurrents soit de réaliser des gains en efficience[138], mais les concurrents reconnaissent que les restrictions accessoires sur la concurrence peuvent s'avérer utiles pour éviter la concurrence à l'intérieur de la coentreprise.[139] Puisque la défense de restriction accessoire proposée n'exempterait pas les accords ou arrangements dont *l'objet* principal est d'influencer la concurrence de l'une des façons prévues dans la Loi, nous avons cru important d'alléger l'effet paralysant de cette expression en donnant une certaine latitude aux efforts de collaboration dont l'objet *prédominant* est de réaliser des gains en efficience.[140] Attendu que l'alinéa 45(4)*c*) n'exempterait pas un accord ou un arrangement de l'application du paragraphe 45(1) du texte proposé parce que l'objet *prédominant* de la transaction est ou pourrait être de limiter ou d'empêcher la concurrence, une partie à l'accord ou à l'arrangement peut néanmoins demander et obtenir un certificat d'autorisation. (Voir la partie C.1(b)5) ci-dessous.)

4) Fusionnements et acquisitions d'actifs

45. (4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard d'un accord ou d'un arrangement :

...

d) qui vise exclusivement l'acquisition de biens, notamment des actions, lorsque l'objectif de l'accord ou de l'arrangement n'est pas d'influencer un marché de l'une des façons décrites aux alinéas (1)a) ou b).

(7) Aux fins de l'alinéa (4)d), si la contrepartie payée pour les actifs qui font l'objet d'un accord ou d'un arrangement ne dépasse pas sensiblement, dans l'ensemble, la juste valeur marchande des actifs, les parties sont présumées, en l'absence de preuve à l'effet contraire, ne pas avoir conclu l'accord ou l'arrangement dans le but d'influencer un marché de l'une des façons visées aux alinéas (1)a) ou b).

L'historique de l'article 45 semble appuyer l'hypothèse que des fusionnements peuvent être des complots, et les complots être des fusionnements.[141] Les lois américaines et européennes ne sont

---

138 Voir *SCFC ILC, Inc.* c. *Visa USA, Inc.* (1994), 365 F.3d 958, p. 963 (10th Cir.), *cert. denied* (1995), 115 S.Ct. 2600 : « les gains en efficience créés par des coentreprises sont semblables à ceux découlant de fusionnements : partage du risque, économies d'échelle, accès à des ressources d'appoint et élimination du double emploi et du gaspillage » [traduction]. Le partage du risque peut réduire le risque global d'un projet, ce qui permet d'obtenir du capital à moindre coût et, par conséquent, de réduire les coûts de production. Il peut en résulter que deux entreprises avec des aptitudes ou des forces différentes s'unissent pour créer un nouveau produit; les chances de succès peuvent être bien plus grandes que si de telles entreprises se lançaient dans le projet indépendamment. Voir aussi *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, note 64, *supra*, ¶ 32 : dans les coentreprises, la plupart des gains en efficience découlent de la mise en commun de diverses aptitudes ou talents. Voir aussi S.A. Johnson et M.B. Houston, « A Reexamination of the Motives and Gains in Joint Ventures » (2000), 35 *J.F.Q.A.*, n° 1, p. 67.

139 Voir annexe 4, exemple 11.

140 Il y aura assurément des efforts de collaboration qui ne réussiront pas à réaliser les gains en efficience envisagés, et d'autres, qui réaliseront des gains ne compensant pas les effets anticoncurrentiels. Pour les motifs décrits en partie B du présent rapport, nous ne voudrions toutefois pas établir un processus qui évalue ces effets. L'analyse, qu'elle soit axée sur le surplus des consommateurs, le surplus total ou l'approche du bien-être global, est incertaine, longue et coûteuse, ce qui n'est guère favorable à l'efficacité en affaires. (Pour une explication sommaire de ces concepts, voir Crampton et Kissack, note 15, *supra*.)

141 Voir *Eddy Match Co. Ltd.* c. *The Queen* (1953), 109 C.C.C. 1 (C.A. Qué.); *Thomson Newspapers Ltd.* c. *Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425; Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1956* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1956), p. 39 (« Contrat de gestion [de 15 ans] entre le National-Canadien et la société Hilton of Canada Limited »). La *Loi sur la concurrence* reconnaît elle-même cette possibilité dans l'article 45.1 et l'alinéa 98*a*).

pas différentes.[142] Néanmoins, les fusionnements qui présentent un potentiel d'intégration des activités, par exemple les acquisitions de l'actif (y compris les actions) reçoivent depuis longtemps une considération différente accordée aux cartels classiques.[143]

> Tant la croissance interne que les fusionnements horizontaux éliminent la rivalité, et ils le font de façon plus permanente que ne le font les accords de cartel. Les prix sont fixés et les marchés répartis à l'intérieur des sociétés. La raison pour laquelle ces éliminations de rivalité ne sont pas d'office illégales est qu'elles comportent une intégration d'activités de production et possèdent par conséquent la capacité de créer des gains en efficience. » [traduction].[144]

De fait, nous n'appliquons pas le critère d'illégalité en soi aux acquisitions d'actifs (y compris les achats d'actions) à découvert dont l'objectif n'est pas d'influencer la concurrence.[145]

L'exemption proposée comporte deux éléments importants :

- premièrement, les accords visant les actifs qui ont pour objet de fixer, de stabiliser ou d'influencer de toute autre façon les prix dans un marché, ou d'éliminer ou de réduire la capacité, la production ou la fourniture dans un marché *ne seraient pas exemptés*;

- deuxièmement, les acquisitions d'actifs dont l'objet est d'empêcher l'expansion ou l'entrée dans un marché, ou de répartir, de cesser de fournir ou d'acheter ou d'influencer de quelque façon les relations avec un ou plusieurs clients ou fournisseurs dans un marché *ne seraient pas admissibles* à l'exemption.

---

142 *Northern Sec. Co.* c. *U.S.* (1904), 193 U.S. 197; Bellamy et Child, note 44, *supra*, ¶6-158. Voir aussi Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents, note 36, *supra*, p. 5 et n° 10 : « les organismes traitent une collaboration entre concurrents comme un fusionnement dans un marché pertinent et analysent la collaboration en vertu des lignes directrices sur les fusionnements horizontaux s'il y a lieu, ce qui est ordinairement le cas lorsque : (a) les participants sont des concurrents dans ce marché pertinent; (b) la formation de la collaboration suppose une intégration d'activités économiques améliorant l'efficacité économique dans le marché pertinent; (c) l'intégration élimine toute concurrence entre les participants dans le marché pertinent; et (d) la collaboration ne prévoit pas expressément qu'elle prendra fin dans un délai suffisamment court. ... En général, les organismes considèrent que dix ans est une période indiquant une permanence suffisante pour justifier que l'on traite une collaboration entre concurrents come étant analogue à un fusionnement » [traduction]. Voir aussi Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents, note 36, *supra*, p. 28 (exemple 1.3). Voir aussi note 192, *infra*.

143 Voir Bork, note 27, *supra*, p. 264-269; S. Peltzman, « The Gains and Losses from Industrial Concentration » [1977] *J. Law & Econ.* 229, p. 236 et 257; Hovenkamp, note 23, *supra*, p. 88-91 : « les cartels ne sont presque jamais capables de fonctionner aussi efficacement que des monopoles d'une seule entreprise. D'abord, le cartel doit assumer les importants coûts de transaction associés à la négociation, à la coordination des activités, aux enquêtes et sanctions à l'égard de ses propres membres en cas de tricherie... Les cartels ont beaucoup moins de souplesse que les monopoles pour coordonner leur production globale. Par exemple, le monopole qui a cinq usines et souhaite réduire la production à 80 p. 100 de sa capacité peut fermer l'usine la moins efficace et exploiter les quatre autres à leur capacité optimale. À toutes fins pratiques, un cartel de cinq entreprises détenant une usine chacune n'a pas cette option » [traduction].

144 Bork, note 27, *supra*, p. 264.

145 Un exemple édifiant du fonctionnement de cette exemption serait l'acquisition par un concurrent auprès d'un autre concurrent de sa liste de clients ainsi que des comptes recevables et contrats de vente associés. Il n'est guère justifié de traiter une telle transaction au criminel toutefois, puisque de toute évidence, (i) le vendeur témoigne de son intention de quitter le marché; et (ii) l'acheteur fait une acquisition pour développer son entreprise. Si l'acheteur acquérait uniquement une *partie* de la liste de clients du vendeur, l'exemption ne serait probablement pas d'application puisque les concurrents pourraient difficilement démontrer l'absence d'intention de se répartir les clients; toute intention du genre supposerait la restriction implicite auxiliaire de ne pas faire concurrence à l'acheteur auprès de ces clients, ce qui ferait de la transaction davantage une simple acquisition d'éléments d'actif. Voir Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1967* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1967) (Projet de fusionnement « E »).

Pour ce qui est du premier point, si une acquisition d'actifs ne sert qu'à justifier le paiement d'un droit qui sert d'écran à la rémunération pour un accord ou un arrangement visant à éliminer la production et à augmenter les prix, nous ne voyons pas pourquoi la façon dont la transaction est effectuée empêcherait qu'elle soit traitée comme un cartel injustifiable.[146] De tels accords, même s'ils sont rares, peuvent habituellement être repérés en examinant l'écart entre la juste valeur marchande des actifs acquis (usines désuètes, etc.) et le prix payé par l'acquéreur. Ainsi, en l'absence d'un écart important entre les deux montants, nous pouvons présumer qu'il s'agit d'une acquisition pure et simple faite sans arrière-pensée. Par ailleurs, un écart important ne signifie pas qu'il s'agit d'un cartel injustifiable, mais il donne la possibilité au commissaire de demander que des poursuites soient intentées si les faits le justifient.[147]

En ce qui a trait au second point, tous les fusionnements ou toutes les acquisitions d'entreprises ont pour effet et pour objet de transférer la clientèle et les fournisseurs à l'acheteur. De plus, il est vraisemblable que toute *acquisition* qui empêche l'expansion ou l'entrée (d'une entreprise) dans un marché, par exemple l'acquisition d'un stock stratégique, ne le fera qu'indirectement et il est plus pertinent de l'étudier en vertu des articles 79 ou 92 de la *Loi sur la concurrence*. Pour ces motifs, nous proposons d'exempter sans équivoque les acquisitions d'actifs qui ont un tel effet, à la

---

146 Par exemple, supposons que deux concurrents ayant plusieurs usines décident qu'un certain marché local ne justifie pas la présence des deux. Un des participants convient de s'en retirer en échange d'un paiement. Les avocats déguisent ensuite le versement au moyen d'un accord d'achat et de vente. Il peut être indiqué de traiter de telles affaires au criminel. Voir Directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la politique de concurrence, *Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 1987* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1987), p. 50 : « [L'enquête entreprise en vertu des dispositions criminelles] concernait particulièrement les circonstances entourant la transaction par laquelle Ultramar Canada Inc. avait, en décembre 1985, acheté l'ancienne raffinerie de Gulf Canada située à Montréal et la fermeture de la raffinerie. ... [Le] directeur a conclu que la preuve recueillie... ne révélait pas qu'une infraction à la Loi avait été commise... »; Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1971* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1971), p. 52 (« Matériaux de construction ») (« Ces deux compagnies proposaient de rationaliser leurs installations de production... en fermant une usine de chaque ville et en créant une troisième compagnie destinée à acquérir leurs autres installations de production. »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1968* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1968), p. 54. (« Projet B ») (« L'un de ces plans était l'achat conjoint du moins efficace des quatre principaux producteurs nationaux par ses concurrents, dans l'intention de démanteler et de fermer ses deux établissements par la suite. »); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1957* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1957), p. 9 : « Pendant près de deux ans, en 1938 et 1939, les compagnies membres se partagèrent le coût d'une entente en vertu de laquelle l'une des compagnies (la compagnie Gair) garderait fermée son usine Dominion à Toronto. »; Commissaire de la loi des enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année fiscale terminée le 31 mars 1*939 (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1939), p. 6 : « l'équipement de fabrication de boîtes en panneau de fibre de Building Products, Limited à Portneuf (Québec) a été racheté par la coalition pour environ 86 000 $ puis vendu aux enchères à ses membres » [traduction]. Nous supposons que le commissaire recourrait au droit civil pour redresser des situations où le vendeur a complètement cessé de faire concurrence dans le marché pertinent et n'a obtenu aucun avantage d'une acquisition visant, par exemple, à fermer une usine. Voir Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1967* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1967) (Projet de fusionnement « D »); Registrar, Combines Investigation Act, *Annual Report for the Year Ended March 31, 1926* (Ottawa : Ministry of Supply and Services, 1926), p. 10 (Coalition présumée de boulangeries à Montréal).

147 L'exception n'exempterait pas des complots *structurels*, c'est-à-dire où les parties produisent des effets sur le marché au moyen d'une intégration structurelle de leurs fonctions marketing ou autres fonctions liées à leurs opérations, par exemple par la création d'une société de marketing comme dans l'affaire *Container Materials*, note 12, *supra*, ni à des coentreprises mises en œuvre par la création d'une société. De telles transactions ne supposent pas uniquement l'acquisition d'actions. Voir *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, note 64, *supra*, ¶ 39. La *Loi sur la concurrence* ne prévoit actuellement aucune exception pour les acquisitions à découvert. Voir *Loi sur la concurrence*, art. 45.1 et al. 98a). Voir Annexe 4, exemple 12.

condition qu'elles n'imposent pas de restrictions accessoires à la concurrence (c.-à-d. qu'il s'agit exclusivement d'acquisitions d'actifs[148]). Nous soulignons que rien n'empêcherait les parties de compter sur l'exemption de restrictions accessoires ni de demander un certificat d'autorisation dans les cas où elles n'ont pas droit à l'exemption applicable uniquement aux actifs.

5) Autorisations

46. (1) Toute personne qui est ou devient partie à un accord ou un arrangement proposé ou conclu peut demander au commissaire de lui délivrer un certificat stipulant que le paragraphe 45(1) ne s'applique pas à l'accord ou à l'arrangement et, si un tel certificat est délivré, l'accord ou l'arrangement est exempté de l'application du paragraphe 45(1).

(2) Un certificat délivré en vertu du paragraphe (1) :

a) peut porter ou non une date d'expiration et, s'il porte une date d'expiration, l'accord ou l'arrangement visé ne sera plus exempté de l'application du paragraphe 45(1) après cette date, à moins qu'un nouveau certificat ne soit obtenu en vertu du paragraphe (1);

b) peut être délivré à certaines conditions, notamment que l'accord ou l'arrangement soit modifié avant d'être conclu ou dans une certaine période de temps, auquel cas l'accord ou l'arrangement n'est exempté de l'application du paragraphe 45(1) que si la condition ou les conditions sont remplies.

(3) Lorsqu'une demande en vertu du paragraphe (1) est faite avant la conclusion de l'accord ou de l'arrangement ou avant qu'il n'entre en vigueur, le commissaire répond dans les soixante (60) jours de la demande, à défaut de quoi le certificat est présumé avoir été accordé.

(4) Si le commissaire refuse d'accorder un certificat en vertu du paragraphe (1) ou s'il accorde le certificat en imposant une date d'expiration ou une ou plusieurs conditions :

a) la personne qui demande le certificat peut s'adresser au tribunal et demander d'être entendue s'il s'agit d'un accord ou d'un arrangement proposé;

b) la personne qui demande le certificat ne peut pas s'adresser au tribunal et demander d'être entendue s'il s'agit d'un accord ou d'un arrangement qui est déjà conclu;

dans les cas où le demandeur ne peut pas s'adresser au tribunal et demander d'être entendu, la décision du commissaire est définitive et sans appel.

(5) Lorsqu'il entend une demande en vertu de l'alinéa (4)a), le tribunal détermine si l'accord ou l'arrangement proposé peut vraisemblablement permettre de réaliser des gains en efficience plus grands que les effets possibles

---

148 L'acquisition d'une entreprise en commun par deux concurrents ne jouirait ordinairement pas de l'exception puisqu'elle supposerait un accord entre ces concurrents quant à la façon dont l'acquisition serait effectuée et, vraisemblablement, un consensus sur la façon dont les éléments d'actif seraient traités après l'acquisition. Néanmoins, dans la plupart des cas, nous supposons que le commissaire examinerait la transaction en vertu des normes du droit civil des fusionnements. En Europe, les offres d'achat communes ou présentées par un consortium de deux parties sont examinées en vertu du règlement sur les fusionnements plutôt que de l'article 81 lorsque l'objet et l'effet consistent à partager les éléments d'actif de la cible entre les entreprises acquérantes, immédiatement après l'acquisition. Voir Bellamy et Child, note 44, *supra*, p. 314, ¶ 6-017; *GEC-Siemens / Plessey*, [1990] O.J. C239/2.

> ***d'empêchement ou de réduction de la concurrence qui résulteront de l'accord, ou compenser les effets possibles, et rend l'ordonnance qui lui semble appropriée.***
>
> ***(6) Le commissaire peut exempter de l'application du paragraphe 45(1) toute catégorie d'accord ou d'arrangement qui lui semble appropriée et, dans un tel cas, tout accord ou tout arrangement de la catégorie visée est exempté de l'application du paragraphe 45(1).***
>
> ***(7) Par dérogation au paragraphe (1), si la personne qui fait la demande omet de divulguer des faits importants ou induit le commissaire en erreur relativement à tout fait important, le certificat émis est nul.***

L'une des difficultés rencontrées pour décrire la catégorie d'agissements constituant des infractions en soi est le potentiel d'y inclure des agissements qui ne sont ni envisagés ni souhaités. Étant donné la multitude de façons dont il est possible, entre autres, d'influencer les prix, de limiter l'approvisionnement, de limiter l'expansion (d'une entreprise) et d'influer sur les relations avec la clientèle ou les fournisseurs par des accords et arrangements entre concurrents, il est essentiel de donner au commissaire le pouvoir d'examiner individuellement les transactions qui devraient être exemptées du critère d'illégalité en soi.

La possibilité d'obtenir une autorisation préalable pour diverses transactions assujetties, de prime abord, aux lois antitrust ou sur la concurrence n'est pas nouvelle. La Communauté européenne, les États-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande font appel à de telles procédures, chacun à leur façon. La C.E. prévoit un processus de notification au cas par cas pour les demandes d'exemption ainsi que des exemptions générales tandis que les États-Unis accordent des exemptions dans un nombre limité de cas, par exemple certains consortiums d'exportation[149] et certaines coentreprises.[150] L'Australie possède un système d'autorisation semblable à celui suggéré dans le texte proposé[151]; au moment de son inclusion dans la loi sur les pratiques commerciales de 1974 (*Trade Practices Act 1974*) ce système a suscité de nombreux commentaires de l'industrie :

> Les industriels étaient inquiets et prétendaient que la disposition signifierait la fin du monde tel qu'ils le connaissaient. Ils avaient raison, dans une large mesure. La loi de 1974 représentait une menace encore plus grande pour la multitude d'accords interreliés et anticoncurrentiels qui avaient eu cours dans l'économie australienne depuis la Dépression ... La première réaction des entreprises à l'adoption de la loi de 1974 a été de déposer quelque 20 000 demandes d'autorisation. [traduction][152]

---

149 Voir *Export Trading Company Act of 1982*, 15 U.S.C.A. §§ 4001-4021; *Webb-Pomerene Act*, 15 U.S.C.A. §§ 61-66.

150 Voir *The National Cooperative Research and Production Act of 1993*, 15 U.S.C.A. §§ 4301-4305, qui permet à toute partie à une coentreprise de déposer auprès du procureur général et de la Federal Trade Commission les détails d'une coentreprise soumise à la loi, tel avis procurant aux parties à la coentreprise certaines protections en vertu de la loi.

151 A. Fels, AO, « Competition Policy : Governance Issues – What are the Alternative Structures? Australia's Experience » (allocution à la conférence La Politique de la concurrence du Canada, le 20 juin 2001) [non publiée], p. 5 : « Exceptions administratives : contrairement à ce qui se passe au Canada, le Trade Practices Act (TPA) permet à l'Australian Competition and Consumer Commission d'"autoriser" au cas par cas des comportements interdits (autres que l'abus de puissance commerciale), lorsque les avantages publics de tels comportement sont supérieurs à leurs effets anticoncurrentiels. Les parties qui obtiennent une autorisation se voient accorder l'immunité de poursuites judiciaires en vertu du TPA pour ce qui concerne les comportements autorisés. L'autorisation est une pratique ... applicable dans peu de cas où il y a réduction sensible de la concurrence » [traduction].

152 A. Fels, *ibid.*, p. 11 : « Dans une certaine mesure, le nouveau Trade Practices Act a incité les entreprises à soumettre des demandes d'autorisation en indiquant que quiconque l'avait fait avant février 1975 recevrait automatiquement une autorisation provisoire » [traduction].

Toutefois, après ce premier raz de marée de demandes, le processus s'est amélioré et le président Fels pense qu'enfin la loi « est très efficace, possède la souplesse nécessaire à une petite économie et à cet égard, le processus d'autorisation est important. » [traduction][153]

Nous croyons qu'un processus d'autorisation fonctionnerait bien au Canada, pourvu que les principes suivants soient respectés :

1) *moment de la notification :* Le droit de demander, en tout temps, un certificat d'autorisation relatif à un accord ou à un arrangement, notamment après qu'il a été conclu ou mis en œuvre;

2) *souplesse pour approuver les accords modifiés :* La possibilité de s'adresser au commissaire pour lui demander comment l'accord ou l'arrangement peut être modifié pour éliminer les inquiétudes relatives à son effet;

3) *délai pour répondre à la demande:* Le droit de recevoir une réponse dans un délai limité;

4) *facteurs à prendre en considération :* La possibilité, pour le commissaire et le tribunal, de prendre en considération l'effet global net de la transaction sur l'économie, notamment les gains en efficience et les résultats favorables à la concurrence;

5) *droit d'appel :* Le droit à une audition complète devant un tribunal impartial relativement à un accord ou à un arrangement qui n'a pas reçu l'approbation du commissaire;

6) *droits :* Les droits à acquitter pour une demande d'exemption doivent être suffisamment élevés pour décourager les notifications futiles sans toutefois être si élevés qu'ils empêchent ou découragent les transactions;

7) *effet :* La délivrance d'un certificat doit exempter les parties de toute responsabilité criminelle et civile;

8) *caractère confidentiel :* L'obligation du commissaire et des membres de son personnel de garder confidentiel le fait qu'une notification a été déposée et de respecter le caractère confidentiel de toute la documentation fournie à l'appui d'une demande de certificat.[154]

---

153 A. Fels, ibid., p. 19. Nous admettons volontiers les préoccupations, en Europe, à l'égard du processus d'exemption. Voir *Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE* (1999), que l'on trouve à http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/wb_modernisation_fr.pdf (consulté le 7 août 2001) (ci-après « Livre blanc européen »). Néanmoins, un examen rigoureux de la situation en Europe démontre qu'il y a des raisons expliquant que le processus d'autorisation soit devenu problématique, y compris la portée des accords et pratiques (horizontaux comme verticaux) qui peuvent être concernés par l'article 81, les motifs pouvant inciter les entreprises à notifier pour des raisons stratégiques (p. ex., pour parer une poursuite privée devant les tribunaux nationaux et les instances antitrust nationales), le nombre de langues (11) dans lesquelles la Commission européenne doit travailler, l'exigence que les décisions soient entièrement motivées et publiées (en 11 langues), l'expansion constante de la Communauté européenne et d'autres facteurs encore. Sur le fond, le fait que tous les accords contraires à l'article 81, paragraphe (1) sont nuls en vertu de l'article 81, paragraphe (2) (du moins dans la mesure où ils sont illégalement restrictifs) a aussi rehaussé l'importance du processus d'autorisation en Europe, induit les entreprises à déposer un grand nombre d'accords qui n'ont pas de répercussions sérieuses sur la concurrence et assuré que tout délai dans une demande d'autorisation aura presque certainement un effet sur les activités commerciales des parties à l'accord. Il n'est dès lors pas surprenant que des délais d'autorisation ont été constatés et qu'il y a de nombreuses plaintes. En Australie, les autorisations sont également offertes pour un plus vaste éventail de transactions, y compris certains genres de restrictions verticales du commerce. Voir en général R. Jones, Commissioner, Australian Competition and Consumer Commission, « Dealing with Horizontal Restraints : The Australian Competition and Consumer Commission's Perspective » (17 avril 2000), que l'on trouve à www.accc.gov.au/speeches/fs-speeches.htm.

Nous nous penchons maintenant sur chacun de ces principes.

Moment de la notification : Permettre la présentation d'une demande d'exemption à l'égard d'accords ou d'arrangements coopératifs après qu'ils ont été conclus ou mis en œuvre n'a rien de nouveau.[155] Nous avons suivi le raisonnement suivant pour recommander une telle façon de faire : En premier lieu, les accords et arrangements qui doivent être autorisés le seront, et ceux qui ne doivent pas l'être ne le seront pas, peu importe quand ils sont soumis au commissaire, pourvu que ce dernier ait le pouvoir d'agir. En deuxième lieu, les parties qui ont conclu une transaction potentiellement problématique obtiennent souvent des conseils relatifs aux dispositions légales sur la concurrence des mois, voire des années avant de conclure l'accord ou l'arrangement et nous ne voyons aucun motif impérieux d'établir une distinction à leur égard.[156] Enfin, encourager la notification d'accords et d'arrangements problématiques aiderait sans doute le commissaire à prendre les mesures nécessaires pour les annuler ou, à tout le moins, pour empêcher qu'ils continuent de s'appliquer au détriment de l'économie canadienne.[157]

Souplesse pour approuver les accords modifiés : Il est évidemment important d'encourager le commissaire à collaborer activement avec ceux qui demandent une exemption à l'égard d'un accord ou d'un arrangement fondamentalement concurrentiel (i) qui serait rejeté s'il n'était pas modifié et (ii) qui peut facilement être modifié pour prendre en compte les questions relatives à la concurrence.[158] Nous avons ajouté les alinéas 46(2)*a*) et *b*) au texte proposé afin d'assurer que le commissaire possède la compétence nécessaire pour approuver ces accords et arrangements.[159] En

---

154 Nous modifierions l'article 29 de la *Loi sur la concurrence* pour résoudre ce problème. Voir partie C.2(c).

155 Voir Bellamy et Child, note 44, *supra*, p. 684 : « un nouvel accord peut toujours être déposé après qu'il est entré en vigueur, mais il n'obtient jusque-là aucun des avantages de la notification. ... Il n'est pas clair s'il est permis de modifier un accord après son expiration » [traduction]; *National Cooperative Research and Production Act of 1993*, 15 U.S.C.A. §§ 4301-4305, § 4305, qui autorise toute partie à certains genres de coentreprises de demander certaines protections des lois antitrust lorsqu'ils déposent un avis *dans les 90 jours* de l'entrée en vigueur de la coentreprise.

156 Un exemple de cas où la notification d'un accord ou arrangement après son exécution ou sa mise en œuvre serait utile est celui où il y a eu une transaction visant un changement dans le contrôle d'une partie à tel accord ou arrangement (par exemple au moyen d'une offre d'achat) et de nouveaux avocats examinent l'accord ou l'arrangement sous un nouveau jour. De même, le cessionnaire proposé dans un tel accord peut avoir une opinion très différente de la nécessité de demander un certificat d'autorisation. À cet égard, nous permettrions à toute partie à l'accord ou arrangement proposé de demander un certification d'autorisation et supposons que le commissaire établirait des règles concernant la notification adéquate par d'autres parties à l'accord ou arrangement en de telles circonstances.

157 Nous supposons que le commissaire maintiendrait, fût-ce avec des modifications, les mesures incitatrices existantes pour encourager la notification d'accords ou arrangements en cours, par exemple au moyen de politiques sur l'immunité. Voir Bureau de la concurrence, *Programme d'immunité en vertu de la Loi sur la concurrence*, que l'on trouve à http://strategis.ic.gc.ca/pics/ctf/immunityf.pdf (consulté le 7 août 2001). Il faut souligner que plusieurs poursuites pour complot sont survenues après que les parties à un accord ont communiqué avec une instance du gouvernement fédéral, y compris le Bureau de la concurrence et ses prédécesseurs. Voir, par exemple, *Beckett*, note 12, *supra*; *PANS*, note 12, *supra*; *R. c. Burrows* (1966), 54 C.P.R. 95 (C.S.B.-C.).

158 Le commissaire (et le directeur des enquêtes et recherches (Bureau de la politique de concurrence) avant lui) ont démontré une volonté et une aptitude à négocier des modifications à des transactions proposées pour assurer que les aspects favorables à la concurrence et à l'efficacité des transactions soient réalisés sans effets nuisibles pour l'économie.

159 Le processus de notification de la Communauté européenne est de toute évidence une référence utile à cet égard. Elle offre également des autorisations limitées dans le temps et soumises à des conditions, lesquelles servent à pallier les préoccupations que la Commission pourrait autrement avoir au sujet d'un accord ou arrangement donné. Voir Bellamy et Child, note 44, *supra*, p. 146 : « la Commission a le pouvoir d'accorder une exemption qui est limitée à une période précise; de plus, elle a le pouvoir d'assortir l'exemption de conditions et obligations » [traduction]. Dans plusieurs cas, ces modifications ont apaisé les préoccupations de la Commission à l'égard des effets ptentiellement nuisibles de la transaction pour la concurrence et permis que les parties réalisent des gains en efficience. Par exemple, dans *Ford / Volkswagen*, O.J. 1993 L20/14, le

ce qui a trait à la durée, nous prévoyons que la plupart des certificats n'auraient pas de date d'expiration. Par contre, il peut y avoir des cas où imposer une date d'expiration permettrait de délivrer un certificat qui autrement risquerait d'être refusé.[160]

Délai pour répondre à la demande : L'une des grandes faiblesses du processus de la Communauté européenne est le long délai entre la notification et la réponse officielle : ce délai peut atteindre deux ans.[161] Nous avons tenté de résoudre ce problème en exigeant que le commissaire donne une réponse dans les 60 jours de la demande, à défaut de quoi l'accord ou l'arrangement est présumé avoir été approuvé.[162] Puisque notre modèle permettrait de présenter une demande à l'égard d'accords et d'arrangements déjà conclus, il crée le potentiel d'un fort volume initial de demandes d'exemption. Nous pensons toutefois que le commissaire pourrait obtenir les ressources nécessaires pour s'acquitter à court terme du rôle beaucoup plus actif du Bureau de la concurrence.[163] En outre, l'exemption proposée pour les restrictions et effets accessoires devrait supprimer de la liste d'attente bon nombre d'accords et d'arrangements potentiellement problématiques.

Facteurs à prendre en considération : Nous avons évité d'énumérer les facteurs que le commissaire devrait prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 46 du texte proposé, par exemple les facteurs énoncés à l'article 93 de la *Loi sur la concurrence*.[164] Nous croyons néanmoins que le commissaire serait influencé par les facteurs que

---

commissaire a approuvé une coentreprise entre Ford et Volkswagen visant à mettre au point et produire un nouveau véhicule au sein d'un marché de produits délimité. Le marché était petit, exigeait d'importants capitaux pour y prendre pied et n'offrait pas d'assurance que Ford ou Volksagen pourraient, seuls, réaliser suffisamment de ventes pour y atteindre le seuil de rentabilité. L'exemption était conditionnelle, entre autres, à la création de « murs de Chine » appropriés pour assurer que certains genres de renseignements n'étaient pas échangés entre les deux fabricants automobiles. Voir, dans le même sens, *Accord, General Motors Corp.*, 103 F.T.C. 374, où General Motors et Toyota ont obtenu l'autorisation de construire ensemble une usine automobile en Californie pourvu qu'ils continuent à mener séparément leurs activités commerciales actuelles. Aux États-Unis, la Federal Trade Commission a le pouvoir de faire enquête sur les activités des associations revendiquant le statut *Webb-Pomerene* et de formuler des recommandations visant à les modifier. Voir aussi *Loi sur la concurrence*, paragraphes 86(1) et (4), qui permettent au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance imposant l'enregistrement d'un accord de spécialisation, « pour la période fixée par l'ordonnance » ou jusqu'à ce que certaines conditions soient remplies.

160 À titre d'exemple, voir les Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents, note 36, *supra*, p. 29 (exemple 3). Nous soulignons que le projet de loi C-472 aurait limité la validité de tout certificat délivré en vertu de son article 7 à trois ans. Nous ne voyons pas la justification d'une telle restriction, dont il nous semble qu'elle s'opposerait à l'efficacité du principe des certificats.

161 Voir Bellamy et Child, note 44, *supra*, p. 684.

162 Le commissaire pourrait user de son pouvoir de refuser un certificat d'autorisation pour négocier un délai supplémentaire, quoique l'accord des parties devrait être sollicité. Si le commissaire refusait simplement le certificat en des circonstances où il disposerait de tous les renseignements pertinents pour évaluer la transaction mais manquerait de temps pour en terminer l'évaluation, le commissaire pourrait avoir à encourir des frais en cas d'appel au Tribunal.

163 Il faut toutefois noter que la disposition déterminative s'appliquerait uniquement aux accords et arrangements *proposés*. Le commissaire pourrait dès lors, face au fort volume initial de demandes, retarder l'examen d'accords et arrangements déjà réalisés.

164 En Europe, l'article 81, paragraphe (3) stipule ceci : « Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

– à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

– à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

– à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

le tribunal doit prendre en considération lorsqu'il entend un appel, notamment, « si l'accord ou l'arrangement proposé peut vraisemblablement permettre de réaliser des gains en efficience plus grands que les effets possibles d'empêchement ou de réduction de la concurrence qui résulteront de l'accord ».[165]

Appel : Certains types d'accords et d'arrangements seront assujettis aux dispositions du paragraphe 45(1) (par exemple ceux du genre *Ford / Volkswagen*[166]), c'est-à-dire les accords et arrangements qui sont en quelque sorte des mini-fusionnements virtuels[167]. L'approbation de ces transactions pourra être d'une grande importance pour l'économie canadienne et justifier une audition sur le fond de la question si le commissaire avait refusé d'accorder une exemption complète ou partielle.[168] Le coût d'une contestation devant le tribunal est si élevé[169] qu'il faut s'attendre à ce que seules les erreurs du commissaire ayant trait aux accords et arrangements qui ont des conséquences économiques graves fassent l'objet d'un appel[170].

Coûts : Quoique le texte proposé ne fasse pas mention de droits, nous croyons qu'ils sont nécessaires pour faire tourner les mécanismes du système d'approbation prévu dans le texte proposé. C'est donc dire que nous croyons qu'il est *nécessaire* d'exiger des droits, comme c'est le cas pour les certificats de décision préalable demandés en vertu de l'article 102 de la *Loi sur la concurrence*, afin d'assurer que les mécanismes d'autorisation ne s'enrayent pas[171]. Si nous

b) b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

L'article 81, paragraphe (3) contraint ainsi la Commission à tenir compte de ce qu'un accord ou arrangement peut contribuer à (i) une amélioration dans la production de biens; (ii) une amélioration dans la distribution de biens; (iii) des progrès techniques; ou (iv) des progrès économiques. De tels facteurs sont de nature plutôt générale, comme c'est le cas à l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*.

165 Le commissaire serait assurément influencé aussi par l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, qui précise ceci : « La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. » Il faut noter que nous ne voudrions pas contraindre le Tribunal à délivrer un certificat d'autorisation là où les gains en efficience sont supérieurs aux effets négatifs sur la concurrence. Il y a pour cela deux raisons : d'abord, la *Loi sur la concurrence* elle-même ne traduit pas la prédominance des gains en efficience comme objectif politique, l'article 96 étant une exception (et les autres objectifs politiques sont décrits à l'article 1.1 de la *Loi*); d'autre part, nous croyons que le Tribunal est un endroit indiqué où chercher l'équilibre entre ces objectifs politiques concurrents, ce qui se fait mieux en l'absence de critères rigides qui ont tendance à susciter des appels.

166 Voir note 159, *supra*.

167 En effet, il se peut que la coentreprise *Ford / Volkswagen* consituerait un « fusionnement » en vertu du droit canadien. Voir note 121, supra.

168 Un refus renvoie en partie à une exemption conditionnelle ou limitée dans le temps en vertu du texte proposé.

169 Selon notre expérience et nos discussions avec d'autres avocats spécialisés dans la concurrence, nous ne croyons pas qu'il soit possible d'encourir des coûts de moins de 1 million de dollars dans une procédure contestée normale devant le Tribunal. De fait, nous croyons que c'est là une des principales raisons de l'échec des dispositions sur les accords de spécialisation. Voir partie C.2(b).

170 Nous ne permettrions pas, comme c'est le cas en Europe, que des tiers lésés puissent interjeter appel à l'égard de la délivrance d'un certificat. Voir Bellamy et Child, note 44, *supra*, p. 148 et 784.

171 À notre avis, le montant des droits applicables à un certificat d'autorisation devrait tenir compte de deux éléments : d'abord, les droits minimum nécessaires pour dissuader des notifications irréfléchies présentées dans l'optique d'obtenir un substitut économique d'avis juridiques; d'autre part, le montant global pour les parties à la transaction. Nous supposons que des droits minimum de 10 000 $ par certificat d'autorisation, pouvant atteindre 25 000 $ pour les parties dépassant une certaine envergure globale – par exemple, des revenus globaux d'au-delà de 1 milliard de dollars. En supposant 50 notifications par année à 10 000 $ et 20 de plus à 25 000 $, le Bureau recevrait 1 million de dollars de plus par année pour répondre aux besoins croissants du Bureau en personnel administratif. Il pourrait également être indiqué d'appliquer des droits

présumons que des clients prudents et réfractaires au risque ont obtenu une opinion avant de conclure la transaction, nous pensons qu'il faut s'attendre à ce que les accords et arrangements pour lesquels une notification et une demande d'exemption sont *justifiées* (et qui peuvent, par conséquent, être critiqués) sont ceux qui :

- mettent en cause des concurrents actuels ou potentiels;
- influencent ou *peuvent influencer*, d'une façon ou d'une autre, les prix, la capacité de production, la production, la fourniture, l'expansion ou l'entrée [d'une entreprise] dans un marché, ou les clients ou fournisseurs d'un marché;
- qui ne visent pas une simple acquisition d'actifs, notamment des actions;
- qui ne peuvent pas bénéficier de restrictions accessoires
  - (i) parce qu'ils ont été conclus dans le but d'influencer la concurrence *ou que leur objet est ambigu* (et qu'il est clair que leur objectif prédominant n'est pas de réaliser des gains en efficience);
  - (ii) parce qu'ils renferment des restrictions accessoires ou ont des effets qui ne sont pas *essentiels* pour conclure la transactions principale;
  - (iii) parce qu'ils auront, ou pourront avoir un impact *important* sur la concurrence.
- parce qu'il n'est pas clair qu'ils sont admissibles à une exemption générale[172];
- parce que la part de marché dans le marché influencé ou *présumément influencé* est plus importante que le niveau *de minimus*.[173]

Nous croyons que notre modèle élimine la vaste majorité des transactions non problématiques et ne laisse subsister des préoccupations que pour les accords et arrangements qui exigent à juste titre que le commissaire y consacre temps et énergie.

Effet : La délivrance d'un certificat d'autorisation devrait constituer un bouclier sans faille contre des procédures criminelles en vertu du paragraphe 45(1) du texte proposé, qu'elles aient trait à la période qui précède la demande ou la délivrance du certificat ou à la période qui suit la demande ou la délivrance. Pour établir l'équilibre entre les intérêts d'une partie civile en vertu de l'article 36 et les droits du titulaire d'un certificat, nous envisageons que le certificat offre également, à l'article 36, la protection suivante relative aux poursuites privées : (i) en ce qui a trait aux poursuites civiles intentées à l'égard d'accords ou d'arrangements ayant fait l'objet d'une notification alors qu'un certificat d'autorisation *proposé* rendrait une telle poursuite irrecevable; et

---

supplémentaires pour les *refus d'autorisation*, lorsque des avocats signifient des transactions qui ne répondent *manifestement* pas aux conditions du paragraphe 45(1) du texte proposé ou qui relèvent *manifestement* d'une exemption générale. Nous supposons qu'il pourrait y avoir une exemption générale *de minimus* supplémentaire à l'égard des accords ou arrangements qui : (i) n'ont pas été conclus aux fins de toucher la concurrence; et (ii) qui ne mettent pas en jeu des parties ayant un chiffre d'affaires ou des actifs dépassant – par exemple – 25 millions de dollars. Une telle exemption aiderait à éviter le fardeau des droits d'autorisation sans guère risquer de permettre de nombreuses transactions qui causeraient un grand préjudice à l'économie canadienne.

172 Voir notes 55, 56 et 171, *supra*.

173 Voir note 56, *supra*. Nous supposons que les avocats feraient preuve de prudence en définissant le marché (de façon soit plus large ou plus étroite, pour obtenir la plus forte concentration plausible dans les circonstances), mais utiliseraient les règles refuges fondées sur la part de marché de façon plutôt directe une fois que la part de marché a été évaluée de façon conservatrice.

(ii) en ce qui a trait aux poursuites civiles intentées à l'égard d'accords ou d'arrangements ayant fait l'objet d'une notification après avoir été *conclus*, un certificat d'autorisation ne s'opposerait aux dommages qu'après la date de la *notification*[174].

Caractère confidentiel : Nous envisageons d'étendre la portée de la disposition de la *Loi sur la concurrence* sur la confidentialité (c.-à-d. l'article 29) pour qu'elle vise tous les renseignements fournis au commissaire dans le cadre d'une demande de certificat d'autorisation. Dans certains cas, le commissaire peut avoir à demander la divulgation d'information et des commentaires à des parties intéressées avant de délivrer un certificat d'autorisation. Toutefois, dans un tel cas, les parties devraient avoir l'option de consentir ou non à la divulgation, étant entendu qu'à défaut, elles pourraient être forcées de renoncer à leur demande d'exemption[175].

La possibilité pour le commissaire de prévoir des exemptions générales est essentielle à l'efficacité du texte proposé, tout comme l'élaboration d'un système législatif perfectionné sur la concurrence au Canada. Dans le domaine des lois sur les complots, le Canada est loin derrière les États-Unis et l'Europe pour ce qui est des directives auxquelles les entreprises peuvent s'en remettre : le pays ne bénéficie pas de plus d'un siècle de jurisprudence dans un environnement fortement axé sur le litige comme celui qui prévaut aux États-Unis, ni de près de 50 années de jurisprudence dans un environnement qui possède un régime d'autorisation et une liste longue, détaillée et fort utile d'exemptions générales et d'avis comme c'est le cas en Europe.[176]

6) Autres considérations

Le texte proposé éliminerait les exceptions visant les exportations qui ont été ajoutées, en 1960, à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Certains ont soutenu qu'au plan de la politique publique, il est souhaitable de conserver la défense de cartel à l'exportation puisqu'il faut encourager l'exportation, particulièrement dans un pays exportateur comme le Canada.[177] Nous prétendons le contraire pour diverses raisons : le monde a évolué et les régions du monde qui

---

174 La formulation d'une disposition qui ferait suite à notre recommandation outrepasse l'objet du présent rapport.

175 En Europe, il n'y a pas de registre d'accords ayant fait l'objet d'un avis, mais les lettres « formelles » d'accord présumé et les décisions sont publiées dans le *Journal officiel* et les tierces parties sont invitées à faire part de leurs observations.

176 Voir Livre blanc européen, note 153, *supra*, p. 4 : « Ce système d'autorisation centralisé était nécessaire et s'est révélé très efficace pour l'établissement d'une "culture de la concurrence" en Europe. » Au Canada, le commissaire a publié une série de bulletins ou lignes directrices sur une variété de sujets. Les lignes directrices ont toutefois souvent été plutôt vagues, sans donner de règles refuges précises et, dans un cas, sans même être suvies par le commissaire dans les poursuites. Voir *Commissaire de la concurrence* c. *Supérieur Propane Inc.*, [2000] Trib. de la concurrence 15 (ci-après « *Propane* »).

177 J. Chipman, « Chapter 8 – Globalization and the Conspiracy Provisions » dans R.S. Khemani et W.T. Stanbury, dir., *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary* (Halifax : Institut de recherche en politiques publiques, 1991) 195, p. 203. Nous constatons que l'exemption a été élargie en 1986 en permettant aux exportateurs de réduire ou limiter le volume d'exportations dès lors que leur valeur réelle n'est pas réduite. En d'autres termes, les volumes d'exportation peuvent être réduits pourvu que l'effet net soit une augmentation dans la valeur des produits exportés. L'exemption a aussi été modifiée pour éliminer une restriction qui interdisait aux parties de s'appuyer sur l'exemption lorsque l'accord entre exportateurs avait pour effet d'empêcher ou réduire indûment la concurrence au Canada. Au moment de ces modifications législatives, la ministre de la Consommation et des Corporations avait affirmé ceci dans sa « Documentation de base et notes explicatives » :

> Les exportations sont particulièrement importantes dans l'économie canadienne, car elles représentent environ 30 pour cent de notre PIB. L'élargissement de l'exemption relative aux exportations rendra celle-ci plus utile pour les entreprises qui unissent leurs efforts pour pénétrer les marchés étrangers.

J. Erola, *Documentation de base et notes explicatives* relatives à la modification de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (Ministère de la Consommation et des Corporations, 1984), p. 11-12. Néanmoins, 15 ans se sont écoulés depuis que la ministre a formulé ces remarques et le monde a quelque peu évolué.

admettent les cartels ayant un effet important sur la concurrence sont de moins en moins nombreuses et d'une importance décroissante[178]; conserver la défense de cartel à l'exportation laisse entendre que les entreprises canadiennes pourraient être à l'abri de poursuites par des compétences étrangères alors que tel n'est pas le cas[179]; dans la mesure où il n'y a pas d'impact important sur la concurrence au Canada, les entreprises canadiennes pourraient, en vertu du texte proposé, demander un certificat d'autorisation pour l'accord ou l'arrangement et, par conséquent, réaliser les gains en efficience qui seraient par ailleurs impossibles si les efforts de collaboration étaient interdits.[180]

Nous n'avons pas tenté de codifier ni de modifier la défense qui semble exister pour des actes réglementés, car nous croyons qu'elle serait toujours valide en vertu du texte proposé. La défense peut être invoquée lorsque les actes en question sont validement réglementés et que les règlements les rendent obligatoires ou les autorisent.[181] Nous n'avons pas non plus considéré que ces exemptions s'appliquent au travail, aux pêcheurs, aux souscripteurs de valeurs mobilières, aux professionnels du sport ni aux organismes d'État.[182]

2. Modifications corrélatives au texte proposé

a) *Dispositions criminelles : articles 47, 49 et 61*

L'article 47 applique le critère de l'illégalité en soi aux accords ou arrangements conclus entre plusieurs personnes pour truquer des soumissions, que les prix soient ou non fixés, ou dans lesquels au moins l'une de ces personnes consent à ne pas présenter d'offre. Il est peu probable que toute la gamme des actes visés par l'article 47 seraient entièrement couverts par le paragraphe 45(1) du texte proposé. Par exemple, il n'est pas clair que le paragraphe 45(1) du texte proposé s'appliquerait nécessairement :

- à un accord entre soumissionnaires qui n'ont pas auparavant *été en concurrence* pour des travaux visés par une soumission ni dans aucun marché[183];

---

178 *AGCS*, note 22, *supra*, p. 14, n° 39, qui soutient ceci : « Le paragraphe 11.1 de l'Accord sur les sauvegardes interdit aux pays d'encourager ou de soutenir l'adoption ou le maintien, par des entreprises privées, de mesures équivalentes aux mesures d'autolimitation des exportations prises par le gouvernement. Par exemple, lorsque le gouvernement d'un pays encourage la création d'un cartel d'exportation, restreignant ainsi l'exportation de marchandises, il se rend coupable d'une violation du paragraphe 11.1 et les autorités en matière de concurrence dans le pays exportateur ou importateur pourront contester la création de ce cartel. »; *International Draft Code Group*, note 32, *supra*, p. S-3 : « Il est pareillement important d'être à l'abri de restrictions ayant leur origine dans une autre nation, comme les cartels d'exportation. La plupart des nations prévoient des exemptions pour les cartels d'exportation, supposant que les préjudices envers les étrangers ne les concernent pas, et les contrevenants soutiennent couramment qu'ils ne répondent pas de la compétence de la nation lésée. Pourtant, l'interdiction de cartels d'exportation est dans l'intérêt de toutes les nations; elle est dans l'intérêt du bien-être mondial et même dans les intérêts réciproques plus précis de la nation exportatrice elle-même » [traduction].

179 Voir partie C.1(a)(2)(i).

180 Une autre raison justifiant l'élimination de l'exemption dans la loi est qu'elle est complexe et exposée à des violations techniques, ce qui suppose des risques, de l'incertitude et des coûts potentiels pour ceux qui y recourent. Voir *R.* c. *Manigo Inc.* (14 janv. 1988), [non publié] (C.S. Qué.); *U.S.* c. *The Concentrated Phosphate Export Association Inc.* (1968), 89 S. Ct. 361.

181 Voir *Industrial Milk Producers Association* c. *Milk Board* (1988), 21 C.P.R. (3d) 33 (F.C.T.D.); *Jabour* c. *Law Society of B.C.*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Home Oil Distributors* c. *Attorney General of B.C.* (1940), 2 D.L.R. 409 (C.S.C.); Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1985* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1985), p. 53 (« Transports urbain (Province de Québec) »).

182 Voir *Loi sur la concurrence*, articles 2.1 et 4 à 6.

183 Même si cette question ne relève pas du présent rapport, nous soulignons le fait que les dispositions visant le truquage d'offres peuvent entraîner une confusion chez les sous-traitants lorsqu'ils ont l'option de présenter

- un accord entre soumissionnaires relativement aux prix fixés à soumettre dont aucun n'a été accepté;

- un accord entre soumissionnaires pour qu'un seul d'entre eux présente une soumission en réponse à un appel, si la soumission n'est pas acceptée.[184]

Nous maintiendrions donc l'article 47 tel qu'il existe actuellement.[185]

L'article 49 applique le critère d'illégalité en soi à un certain nombre d'accords et d'arrangements entre institutions financières. En vertu du texte proposé, beaucoup d'agissements influenceraient les prix ou l'approvisionnement dans un marché. Il peut être approprié de modifier la disposition afin de stipuler clairement qu'aux fins du paragraphe 45(1), les agissements visés aux alinéas 49(1)*a*) à *f*) sont considérés soit comme influençant les prix ou limitant l'approvisionnement dans un marché. Nous avons néanmoins considéré que la modification à l'article 49 ne relève pas du présent rapport.

La distinction entre les articles 45 et 61 est difficile à établir. D'un côté, les tribunaux ont indiqué que rien n'interdit que l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* s'applique verticalement[186], et de l'autre, l'article 61 a été utilisé pour obtenir des condamnations relativement à des agissements horizontaux entre concurrents.[187] Nous modifierions l'article 61 afin d'exprimer clairement qu'il s'applique uniquement aux relations verticales. La formulation de cette modification, non plus que les autres modifications recommandées dans la présente partie, ne relève pas de ce rapport.

b) *Dispositions civiles : articles 77, 78, 79, 85 à 90 et 92*

77 (1)

...

« limitation du marché » tout accord ou arrangement qui :

a) ***a eu pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence dans un marché,***

---

une offre de façon indépendante mais qu'ils préfèrent le faire en sous-traitance pour un autre. La non-divulgation de l'accord entre le soumissionnaire et le sous-traitant peut constituer une violation de l'article 47. Voir note 76, *supra*.

184 Bien qu'il soit plausible que l'accord pourrait être contesté en vertu du fait que son *objet* visait à influencer les prix sur un marché donné, on peut soutenir qu'il n'y a jamais eu véritablement d'intention d'influencer les prix. Voir *R.* c. *Civil Construction Inc.* (1964), 47 C.P.R. 208 (B.R.).

185 Nous avons jugé qu'il ne relevait pas du présent rapport de formuler des observations supplémentaires sur les modifications qu'il serait indiqué d'apporter à l'article 47, y compris au paragraphe 47(2).

186 *CGE*, note 91, *supra* (complot vertical allégué, quoique non prouvé); *PANS*, note 12, *supra*, p. 16 : il n'est pas nécessaire qu'une coalition, un accord ou en arrangement soit strictement horizontal pour contrevenir à l'article 32 (aujourd'hui, 45).

187 Voir *R.* c. *Campbell* (1979), 51 C.P.R. (2d) 284 (B.C.Co.Ct.); *R.* c. *Schelew* (1984), 78 C.P.R. (2d) 102 (C.A.N.-B.); *R.* c. *Mr. Gas*, (1996) [non publié] (Ont. C.J.), *rev'd* [1999] O.J. No. 3686 (C.A. Ont.); Chandler et Jackson, note 9, *supra*, p. 6-7. Voir aussi B.M. Graham, « Horizontal Restraints – Canada and the United States » (allocution devant le Canadian Institute, le 10 mars 1994) [non publiée], p. 4 : l'auteur soutient que le cheminement législatif de l'article 61 justifie son application aux seules restrictions verticales; Bureau de la politique de la concurrence, Consommation et Corporations Canada, *Background Papers, Stage I, Competition Policy* (Ottawa, avril 1976), p. 55 : « Puisque la Loi ne vise plus expressément un distributeur exigeant la revente à un prix donné, l'interdiction s'applique également à une personne tentant d'influencer à la hausse le prix de vente d'un produit, peu importe si cette personne est ou non le fournisseur de ce produit. Elle pourrait par exemple s'appliquer dans une situation où le fournisseur d'un produit tente au moyen d'un accord d'influencer à la hausse le prix auquel son concurrent fournit le même produit ou des produits semblables » [traduction].

> b) ***s'il est conclu ou mis en œuvre, aura ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence dans un marché, et comprend les accords entre concurrents, fournisseurs, clients ou autres personnes;***
>
> ...
>
> ***(3) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du commissaire, conclut que la limitation du marché, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence dans un marché, le Tribunal peut, par ordonnance, prescrire toute mesure nécessaire, à son avis, pour rétablir la concurrence ou pour éviter l'empêchement ou la réduction de la concurrence, dans ce marché.***
>
> ***78. (1) Pour l'application de l'article 79, « agissement anti-concurrentiel » s'entend notamment des agissements suivants :***
>
> ...
>
> l) ***le fait pour le fournisseur d'un produit, d'exiger d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client fournisse lui-même un produit quelconque uniquement sur un marché déterminé ou encore à exiger une pénalité de quelque sorte de ce client si ce dernier fournit un produit quelconque hors d'un marché déterminé***

Nous appliquerions à tous les accords ou arrangements qui empêchent ou réduisent sensiblement la concurrence une disposition civile omnibus qui permettrait au commissaire de prendre les mesures nécessaires pour annuler ces accords ou arrangements. La clause générale s'appliquerait à certains accords et arrangements qui ne sont pas assujettis au paragraphe 45(1) du texte proposé, notamment les accords et arrangements :

- qui n'impliquent pas des concurrents;
- qui sont accessoires à un autre accord ou arrangement et à propos desquels il n'était pas raisonnablement prévisible qu'ils auraient un impact important sur la concurrence au moment où ils ont été conclus.

Afin de faire place à la clause omnibus, bien décrite, à notre avis, par le titre « limitation du marché », nous remanierions la disposition actuelle sur la limitation du marché pour assurer qu'elle soit couverte par la disposition sur l'abus de position dominante.

En ce qui a trait aux accords de spécialisation définis dans la *Loi sur la concurrence*, nous les éliminerions purement et simplement.[188] Étant donné l'obligation d'inscrire un accord de spécialisation dans un registre public et le risque double : (i) une fois un accord soumis à un tribunal, d'autres demanderont la permission d'intervenir[189] et pour s'opposer à l'accord et (ii) si un accord n'est pas enregistré, le commissaire pourra faire enquête; il ne faut pas se surprendre que

---

188 L'article 85 de la *Loi sur la concurrence* définit un accord de spécialisation comme suit : « Accord en vertu duquel chacune des parties s'engage à abandonner la production d'un article ou d'un service qu'elle fabrique ou produit au moment de la conclusion de l'accord, à la condition que chacune des autres parties à l'accord s'engage à abandonner la production d'un article ou d'un service qu'elle fabrique ou produit au moment de la conclusion de l'accord; s'entend également d'un semblable accord aux termes duquel les parties conviennent en outre d'acheter exclusivement des autres parties les articles et les services qui font l'objet de l'accord. » En Europe, l'*Exemption générale des accords de spécialisation*, note 72, *supra*, exempte également de tels accords ansi que les accords visant la fabrication en commun et les accords de spécialisation unilatérale.

189 Voir *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2e suppl.), par. 9(3).

la disposition ait été un échec total.[190] En outre, la définition est plutôt étroite et n'inclut pas nombre d'initiatives visant à améliorer l'efficacité qui sont essentiellement similaires à l'expression définie.[191]Nous croyons que ces accords doivent d'abord être traités par le commissaire et, si le certificat d'autorisation est refusé, le demandeur peut recourir au tribunal en utilisant le mécanisme d'appel prévu dans le texte proposé.

La distinction entre les articles 45 et 92 est aussi floue. Contrairement à nos homologues américains[192], nous avons donné une définition tellement large du mot « fusionnement » dans la *Loi sur la concurrence* qu'il est presque assuré qu'il y a un chevauchement considérable entre les entreprises communes à caractère coopératif et les opérations de concentration, pour utiliser la terminologie adoptée par la Communauté européenne.[193] Vu la formulation large de la clause omnibus du texte proposé (c.-à-d. le paragraphe 77(1) (limitation du marché)), nous modifierions l'article 92 afin qu'il s'applique uniquement aux acquisitions d'actifs (notamment aux participations dans des coalitions) et d'actions et soustrairions ces acquisitions de l'application du paragraphe 45(1)[194]. Les locations d'actifs à long terme, les coentreprises de la nature de celles décrites dans l'article 112 et les autres types d'agissements coopératifs ne seraient ainsi plus soumis à l'article 92, ce qui résulterait en une amélioration globale de la conception et de l'application de la *Loi sur la concurrence*.

c) Autres dispositions : articles 29 et 32

L'article 32 donne au procureur général du Canada le droit de s'adresser à la Cour fédérale pour obtenir certaines ordonnances relatives aux droits de propriété intellectuelle. En particulier, si les droits en vertu des lois sur les brevets, sur les marques de commerce ou sur les droits d'auteur ont été utilisés pour avoir un impact indu sur la concurrence, certaines ordonnances peuvent être prises pour remédier à l'abus. Il y a eu recours à l'article 32 dans à peine quelques cas depuis sa création en 1910.[195] Puisque l'article 32 s'applique lorsqu'il y a un impact important sur la concurrence, nous croyons que le texte de cet article doit être intégré à la partie de la Loi qui traite des pratiques sujettes à révision. Comme nous l'avons déjà mentionné, nous envisagerions également d'élargir la disposition sur le caractère confidentiel des renseignements pour qu'elle s'applique à tous les renseignements fournis au commissaire dans le cadre d'une demande de certificat d'autorisation.[196]

---

190 M.J. Trebilcock, *et al.*, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* [ébauche], ch. 3, p. 50 (ci-après « Trebilcock »). Un des auteurs a encouragé un client à enregistrer un accord qui relevait de toute évidence de l'article 85. Outre les risques, le client se préoccupait également des coûts du processus.

191 Par exemple, la définition ne recouvre que les accords visant à rationaliser la production *existante*. Kennish et Ross, note 2, *supra*, p. 23; Trebilcock, *ibid.*

192 Dans le *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 7, seules les acquisitions d'actions et d'éléments d'actif sont visées.

193 « Une opération de concentration est réalisée : a) lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent, ou b) lorsque : - une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou - une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actif, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou des parties d'une ou de plusieurs autres entreprises. » Les concentrations sont traitées comme des fusionnements en vertu de l'article 82 du *Traité de Rome*. Les entreprises communes à caractère coopératif, en revanche, sont des coentreprises qui ne constituent pas des concentrations. Voir « Règlement du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises », que l'on trouve à http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/c406489_fr.pdf (consulté le 7 août 2001); voir aussi *Communication de la Commission sur les entreprises communes à caractère coopératif*, note 64, *supra*, ¶¶ 9-11. Voir aussi note 141, *supra*.

194 Voir partie C.1(b)(4).

195 Un exemple illustrant bien un tel abus est ressorti dans une affaire ne relevant pas de l'article 32, *Canada* c. *NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.), où un brevet américain a été invoqué pour prolonger la puissance commerciale de l'intimée au Canada, son brevet canadien étant arrivé à expiration.

196 Note 154 et 175, *supra*.

D. SOMMAIRE ET CONCLUSIONS

Le dossier canadien en matière d'exécution des dispositions législatives sur les complots est peu reluisant. Le nombre total de dossiers dans lesquels la Couronne a entrepris des procédures n'est pas de beaucoup supérieur au nombre d'années écoulées depuis que la législation sur les complots permet les poursuites, tandis que La Couronne a *réussi à obtenir des condamnations* dans moins de 30 des poursuites pour complot qu'elle a intentées. De plus, au cours des 25 dernières années, la Couronne a perdu les sept procès qui ne visaient ni un monopole, ni un monopole virtuel. Quoique les ressources consacrées à la lutte contre les complots qui ne causent pas de tort à l'économie ne soient pas une préccupation dans les efforts pour réformer la loi[197], la pensée économique tend, somme toute, à appuyer le critère de l'illégalité en soi à l'égard des ententes injustifiables.

Par conséquent, nous croyons que des modifications à la législation sur les complots s'imposent et que, dans un souci d'harmonisation avec les autres dispositions de la *Loi sur la concurrence*, notamment les articles 47, 49 et 61, il y a lieu d'appliquer le critère de l'illégalité en soi à certains types de comportements relevant de complots. Nous avons tenté, dans ce rapport, de définir un modèle pratique de réforme législative, que nous avons appelé « texte proposé »; il offre les éléments de base suivants :

1) un volet fondé sur le critère de l'illégalité en soi, visant exclusivement une catégorie limitée d'accords et d'arrangements ayant pour objet ou comme effet d'influencer les prix ou la production sur un marché, ou l'expansion ou l'entrée dans un marché, ou les clients ou fournisseurs d'un marché;

2) un volet civil plus large permettant au commissaire de prendre des mesures contre un accord ou un arrangement ayant pour effet d'influencer considérablement la concurrence, que l'accord ou l'arrangement corresponde ou non au critère d'illégalité en soi;

3) l'exemption d'office du critère d'illégalité en soi accordée à certains types d'accords et d'arrangements résultant de transactions qui ne visent pas à nuire à la concurrence et dont on ne peut pas raisonnablement prévoir qu'elles nuiront à la concurrence;

4) un mécanisme d'autorisation permettant au commissaire d'accorder des exemptions générales reflétant les courants économiques et juridiques actuels sur les complots et d'exempter du critère d'illégalité en soi des accords et arrangements précis dont il aura été avisé et qui seront considérés être souhaitables au point de vue social.

Il découle du texte proposé que des modifications corrélatives devront être apportées à la loi, mais elles ne relèvent pas du présent rapport.

---

[197] Bien qu'on pourrait soutenir que les ressources ne sont pas entièrement gaspillées puisque le processus juridique produit en soi un effet dissuasif, il faut tenir compte de l'impact d'une poursuite qui échouerait sur le comportement du milieu des affaires. L'effet net est difficile à jauger de façon abstraite.

ANNEXE 1 : L'étude

Légende

A - Intitulé du dossier (R. c.)
F - Part du marché des participants
G - Durée du présumé complot (en mois)
I - Effet indu sur la concurrence
K - Type : PF - Fixation des prix
MA - Répartition du marché ou de la clientèle
OL - Restriction sur la production ou la chaîne d'approvisionnement
n/d non disponible
s/o sans objet

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M
	Cause, R. c.	Date	Nombre de participants	Produit ou service	Portée géographique	Part de marché	Durée du complot	Preuve de collusion	Effet indu	Résultat	Type	Transparent	Remarques
1	Elliott	1905	Assoc. prof.	charbon	ONT	100 %	n/d	Oui	Oui	Cond.	OL, PF	Oui	Ontario Coal Association : Fixation des prix locaux et empêchement des membres distributeurs d'acheter du charbon de producteurs vendant directement aux consommateurs.
2	Central Supply Ass'n Ltd.; Master Plumber and Steam Fitters Cooperative Association; McMichael	1907	Assoc. prof.	fournitures de plomberie	Toronto	>98 %	28	Oui	Oui	Cond.	OL	Oui	Master Plumbers and Steamfitters Association : Interdiction imposée par les membres aux fournisseurs de fournitures de plomberie et de tuyauterie de faire affaire avec des non-membres.
3	Clarke	1907	Assoc. prof.	bois d'œuvre	ALB	n/d	n/d	Oui	Oui	Cond.	OL, PF	Oui	Alberta Retail Lumber Dealers Association : Fixation du prix du bois d'œuvre à l'échelle locale et interdiction aux fournisseurs de vendre à des non-membres.
4	Gage	1908	Assoc. prof.	céréales	MAN	M.V.	192	Oui	Non	Acq.	PF	Oui	Les règlements des associations de producteurs de céréales et les accords entre associations exigeaient des membres revendeurs d'établir une commission minimum sur les achats et ventes de céréales.
5	Beckett	1910	Assoc. prof.	produits d'épicerie	ONT	95 %	91	Oui	Non	Acq.	PF	Oui	Règlements de l'Association des épiciers en gros : les membres-revendeurs avaient établi des marges bénéficiaires pour les grossistes et exigeaient que les fournisseurs vendent au détail uniquement aux plus hauts prix établis.
6	Assoc. canadienne des épiciers en gros	1923	Assoc. prof.	produits d'épicerie	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d	Acq.	PF	Oui	Association des épiciers en gros : accord de fixation des prix. Défense : constitutionnalité, contestation judiciaire; accueillie.
7	Singer et al.	1930	Syndicat	plombiers	ONT	n/d	n/d	Oui	Oui	Cond.	OL, PF	Oui	Amalgamated Builders' Council : les fabricants, intermédiaires et le conseil des maîtres-plombiers avaient fixé les prix et exigeaient des membres qu'ils achètent leurs fournitures de plomberie uniquement d'autres membres du conseil. Défense : loi sur les syndicats; rejetée.
8	Stinson-Reeb Builders Supply Co. Ltd.	1932	6 grossistes revendeurs et 4 producteurs	gypse	Montréal	100 %	12	Oui	Oui	Cond.	OL, PF	Non	Les producteurs et distributeurs avaient formé une association afin de fixer les prix de gros et de détail du gypse et de conclure des accords exclusifs pour l'achat et la fourniture.
9	Alexander Ltd.	1932	16	entrepreneurs électriciens	Toronto	n/d	36	Oui	Oui	Cond.	MA, PF	Non	Electrical Estimators Association : soumissions pré-autorisées à présenter pour des travaux d'électricité, établies à l'aide d'une formule de « soumission moyenne ». Cela protégeait les entrepreneurs face aux clients établis.
10	Famous Players	1932	Des centaines	productions cinématographiques	ONT	n/d	84	Non	Non	Acq.	OL, PF	Oui	Les modalités usuelles des contrats dans l'ensemble de l'industrie étaient fixées (et non les prix). Accord visant à protéger certaines catégories de cinémas contre la concurrence pendant une période de temps limitée lors du lancement de films.
11	Canadian Import Co.	1935	5	charbon	QUÉ	70 % des import. du pays de Galles	72	Oui	Oui	Cond.	OL, MA, PF	Non	Accord visant à ne plus importer de charbon de Russie, fixation des prix de gros et de détail du charbon importé du pays de Galles et répartition de la clientèle pour que les parts du marché soient égales.
12	Container Materials Limited et al.	1942	19	boîtes en panneaux de fibre	CAN	M.V.	75	Oui	Oui	Cond.	OL, PF	Oui	Des producteurs ont créé une coentreprise de commercialisation comme leur agent de ventes exclusif.

	Cause, R. c.	Date	Nombre de participants	Produit ou service	Géog. Portée	Marché Part	Durée du complot	Preuve de collusion	Effet indu	Résultat	Type	Trans-parent	Remarques
13	Imperial Tobacco Co. et al.	1942	40	produits du tabac	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d	Cond. (renv. en appel)	n/d	n/d	Cause non citée, non disponible.
14	Ash-Temple Co.	1949	11 grossistes revendeurs et 7 producteurs	fournitures dentaires	CAN	n/d	204	Non	Non	Acq.	OL, PF	n/d	Canadian Dental Trade Association : les fabricants et revendeurs fixaient les prix de gros et de détail avec accords exclusifs pour la fourniture aux membres de l'association.
15	McGavin Bakeries et al.	1951	3 producteurs, nombreux grossistes et revendeurs	produits de pâtisserie	MAN, ALB, C.-B	40 % à 70 %	204	Oui	Oui	Cond.	PF, MA	Oui	Master Bakers' Association : fixation et maintien des prix, répartition des marchés et établissement d'un système de soumissions par rotation.
16	Crown Zellerbach Canada Ltd.	1955	10	produits du papier	C.-B.	M.V.	204	Oui	Oui	Cond.	PF, MA	Oui	Paper Distributors' Council : a facilité la répartition des marchés en « zones » et fixé les prix soumissionnés.
17	Northern Electric Co. Ltd.	1956	10	fil et câble en cuivre	CAN	M.V.	72	Oui	Oui	Cond.	PF	Non	des « notes de service-circulaires » étaient utilisées pour fixer les prix.
18	Dominion Steel and Coal Corp. Ltd.	1956	6	clôture d'acier	ONT, QUÉ	M.V.	216	Oui	Oui	Cond.	PF	Non	Prix et modalités de vente uniformes résultant de réunions et de l'échange des listes de prix.
19	Morrey et al.	1956	26	essence	Vanc.	M.V.	n/d	Oui	Non	Cond. Cassé en appel	PF	n/d	Les exploitants de postes d'essence s'entendaient pour fixer le prix de détail de l'essence.
20	Howard Smith Paper Mills Ltd. et al.	1957	27	papiers fins	CAN	M.V.	>238	Oui	Oui	Cond.	OL, PF	Non	Association canadienne des pâtes et papiers (association de producteurs) et Association canadienne des marchands de papiers fins : accord pour fixer les prix et adopter des modalités standardisées; entente sur une catégorie de marchands de papiers fins reconnus.
21	Abitibi Power & Paper Co. Ltd.	1960	18	bois de pâte	ONT, QUÉ, N.-B.	74 %	93	Oui	Oui	Cond.	PF	Non	Consortium d'achat : accord pour fixer les prix maximum auxquels le bois de pâte serait acheté par les participants.
22	Electrical Contractors Ass'n of Ontario and Dent	1961	Assoc. prof.	équipement électrique	ONT	<50 %	48	Oui	Oui	Cond.	OL	Oui	Electrical Contractors' Association : permettait la vente aux prix de gros uniquement à ses membres.
23	Lyons Fuel Hardware & Supplies Ltd.	1961	3	charbon	Sault Ste. Marie (ONT)	100 %	84	Oui	Oui	Cond.	PF	Oui	Soumissions identiques à des clients captifs (organismes publics).
24	Burrows et al.	1966	11	tangerines	ONT à C.-B.	quelque 90 %	219	Oui	Oui	Cond.	OL, PF, MA	Non	Limitait l'importation de tangerines du Japon, fixait les prix et répartissait les marchés en territoires exclusifs.
25	Canadian Coat & Apron Supply Ltd.	1967	Assoc. prof.	location de serviettes et d'uniformes	Montréal	85 % à 90 %	129	Oui	Oui	Cond.	PF, MA	n/d	Montreal League of Linen Supply Owners Company : fixait les prix et enchâssait les relations commerciales existantes. Listes de prix identiques.
26	J.J. Beamish Construction Co. Ltd. et al.	1967	12	asphalte et agrégats	ONT	n/d	36	Oui	Non	Acq.	PF	Non	Truquage des soumissions.
27	Canadian Warehousing Assoc.	1968	300	transport et stockage d'objets ménagers	Marché intérieur	n/d	n/d	Oui	Oui	Cond.	n/d	Oui	Cause non citée, non disponible
28	St. Lawrence Corp.	1969	15	carton et boîtes en carton	CAN	M.V.	84	Oui	Oui	Cond.	PF	Non	Fixait les prix dans des manuels de prix.

	Cause, R. c.	Date	Nombre de participants	Produit ou service	Géog. Portée	Marché Part	Durée du complot	Preuve de collusion	Effet lésé	Résultat	Type	Transparent	Remarques
29	B.C. Professional Pharmacists' Society	1970	2	Services pharmaceutiques	C.-B.	<75 %	34	Oui	Oui	Cond.	PF	Oui	La société des pharmaciens avait décidé d'imposer une prime.
30	J.W. Mills & Son Ltd. et al.	1970	4	Services d'agents transitaires	CAN	85 %	127	Oui	Oui	Cond.	PF, MA	Non	Accord pour mettre fin à une guerre des taux, maintenir un écart entre les prix pour un temps limité et ne pas faire de maraudage auprès de la clientèle des autres.
31	Canada Cement Lafarge Ltd.	1973	12	béton	Toronto	99 %	211	Non	s/o	Acq.	PF	n/d	Tous ont été accusés d'utiliser un système de fixation des prix fondé sur le pourcentage pour les frais de transport. Défense de parallélisme conscient accueillie.
32	Allied Chemical Canada Ltd.	1975	2	acide sulfurique	C.-B.	<=100 %	158	Oui	Non	Acq.	OL, PF	Oui	Accord entre les producteurs d'acide sulfurique comme produit primaire et les producteurs d'acide sulfurique comme produit secondaire; les producteurs primaires interrompaient leur production en faveur d'un accord d'approvisionnement par les producteurs pour qui l'acide sulfurique constitue un produit secondaire.
33	Anthes Business Forms Ltd. et al	1975	15	formulaires commerciaux	CAN	>75 %	318	Non	Non	Acq.	PF	Oui	Institute of Business Form Manufacturers : facilitait l'échange de listes de prix entre concurrents; les prix réels différaient des prix sur la liste.
34	Atlantic Sugar Refineries Ltd. et al.	1975	15	sucre	CAN	M.V.	161	Non	s/o	Acq.	OL, MA, PF	n/d	Listes de prix identiques; les prix réels différaient des prix inscrits sur la liste. Allégations que les parties s'étaient entendues pour maintenir leurs parts traditionnelles du marché et de limiter les importations de sucre de l'Inde. Défense de parallélisme conscient accueillie.
35	Aluminum Co. of Canada	1975	6	aluminium	CAN	>80 %	5	Non	Non	Acq.	PF	n/d	Les parties auraient conclu un accord pour augmenter les prix de l'aluminium extrudé. Défense de parallélisme conscient accueillie.
36	Amrco Canada Ltd.	1976	10	tuyau métallique	ONT, QUÉ	n/d	57	Oui	Oui	Cond.	PF	Oui	L'association professionnelle encourageait ses membres à adopter une politique de communication des prix, ce qui stabilisait les prix.
37	Compagnie générale électrique du Canada Limitée et al.	1976	3	ampoules	CAN	95 %	104	Oui	Oui	Cond.	PF	Non	Les plans promotionnels des concurrents étaient largement divulgués et distribués.
38	Aetna Insurance Co. et al.	1977	73	assurance	N.-É.	63 % à 83 %	132	Oui	Non	Acq.	PF	Oui	Le groupe de souscripteurs fixaient les tarifs d'assurance-incendie.
39	Lethbridge Concrete Products Ltd.	1979	5	béton	Lethbridge (Alberta)	>80 %	97	Non	s/o	Acq.	PF, MA	n/d	Complot ayant pour objet d'obtenir des renseignements d'un concurrent sans avoir l'intention de respecter les conditions.
40	Browning-Ferris Industries of Winnipeg	1980	2	service d'élimination des déchets	MAN	<50 %	24	s/o	Non	Acq.	PF	Non	Réunion des accusés qui s'étaient entendus sur le caractère raisonnable d'une liste de prix. La concurrence s'est notamment poursuivie et des réductions étaient offertes.
41	Chatwin Motors Ltd.	1980	4	pièces d'auto	Port Alberni (C.-B.)	n/d	72	Oui	Non	Acq.	PF	n/d	Accord à utiliser une formule d'établissement des prix pour pièces d'auto.
42	C.-B. Television Broadcasting System Ltd.	1980	10	temps de télédiffusion commerciale	C.-B.	>80 %	17	Oui	Non	Acq.	PF	Oui	Accord pour offrir des réductions uniquement à des agences accréditées.
43	Comince Ltd	1980	6	fertilisant	CAN	<=100 %	126	Non	s/o	Acq.	PF	n/d	Prix de détail identiques ou similaires. Défense de parallélisme conscient accueillie.
44	Albany Felt Co. of Canada	1982	13	feutre humide	ONT, QUÉ	>80 %	268	Oui	Oui	Cond.	OL, MA, PF	Non	L'association avait complété pour fixer les prix et exclure les importations. Répartition du marché à l'échelle mondiale avec des co-conspirateurs non condamnés.
45	Thomson Newspapers Ltd	1984	3	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d	n/d	Acq.	n/d	n/d	Cause non citée, non disponible.
46	B.C. Fruit Growers Ass'n	1985	15	espace d'entreposage de fruits	C.-B.	90 %	60	Oui	Non	Acq.	OL	Oui	Des entreprises d'entreposage et d'emballage de fruits ont été accusées de s'être entendues avec la B.C. Fruit Growers Association pour traiter exclusivement les fruits des membres de l'Association.
47	Metropolitan Toronto Pharmacists' Ass'n	1986	Assoc. prof.	Services pharmaceutiques	Toronto	n/d	12	Oui	Non	Acq.	OL	Oui	L'association des pharmaciens de Toronto avait adopté une résolution et incitait les pharmaciens membres à se retirer d'un plan de paiement d'avance des primes d'un régime d'assurance-responsabilité civile à cause d'un différend relatif au calcul des primes.

	Cause, R. c.	Date	Nombre de participants	Produit ou service	Géog. Portée	Marché Part	Durée du complot	Preuve de collusion	Effet Indu	Résultat	Type	Transparent	Remarques
48	Dave Spear Ltd.	1986	13	taux salarial des mécaniciens d'automobile	Fort Erie (ONT)	M.V.	16	Non	Non	Acq.	PF	Oui	Il y aurait eu accord pour fixer les taux. Le tribunal a souligné le pouvoir compensatoire de la clientèle (c.-à-d. les compagnies d'assurance automobile).
49	Canada Packers Inc. et al.	1988	54	porcs et produits du porc	Ouest du Canada	<80 %	137	Non	Non	GP / Acq.	PF, MA	Non	Aucune intention d'être lié par les discussions relatives à la valeur des porcs; allégations relatives au maintien des parts du marché.
50	Maréjo et al.	1988	11	poisson salé	QUÉ	100 %	48	Oui	Oui	Cond.	PF	Oui	Entente à l'exportation; impossible d'invoquer une défense si l'accord restreint les ventes à l'exportation.
51	Nova Scotia Pharmaceutical Society	1993	Assoc. prof.	Services pharmaceutiques	N.-É.	80 %	150	Oui	Oui	Acq.	PF	Oui	Fixation de prix, notamment des prix maximum, et nomination d'agents entre pharmaciens en concurrence les uns avec les autres.
52	Clarke Transport Canada Inc.	1995	15	Services d'agents transitaires	CAN	n/d	135	Oui	Non	Acq.	PF, MA	Non	Accord pour éliminer le gâchage des prix et protéger les relations avec la clientèle existante.
53	Bayda and Associates Surveys Inc.	1997	6	Rapports sur immeubles résidentiels	Edmonton	n/d	10	Non	s/o	Absolution	PF	n/d	Allégation de fixation des prix pour les rapports sur immeubles résidentiels.

ANNEXE 2 : Texte proposé

Texte proposé, articles 45 et 46

Complot

45. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de [x] ou l'une de ces peines toute personne qui conclut un accord ou un arrangement avec une ou plusieurs personnes :

a) soit pour fixer, stabiliser ou influencer de toute autre façon les prix d'un marché ou sur marché,

b) soit pour éliminer ou restreindre la capacité, la production ou la fourniture dans un marché, d'un marché ou à un marché,

c) soit pour empêcher l'expansion ou l'entrée dans un marché,

soit pour répartir, cesser de fournir ou d'acheter ou influencer de quelque façon les relations de l'une ou l'autre d'entre elles avec un ou plusieurs de leurs clients dans un marché, ou avec un ou plusieurs de leurs fournisseurs dans un marché,

si ces personnes ou leurs filiales, ou deux ou plus d'entre elles sont en concurrence dans le marché.

Personnes étrangères

(2) Il demeure entendu que toute personne qui conclut un accord ou un arrangement visé au paragraphe (1) ayant pour but ou pour effet d'influencer, de la façon décrite aux alinéas (1)*a*), *b*), *c*) ou *d*), un marché situé en totalité ou en partie au Canada commet l'une des infractions visées au paragraphe (1), que cette personne soit établie ou non au Canada ou qu'elle y ait ou non une présence.

Preuve de complot

(3) Lors d'une poursuite intentée en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut déduire l'existence de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties à l'accord ou à l'arrangement, mais il demeure entendu que l'accord ou l'arrangement doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

Exception

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard d'un accord ou d'un arrangement :

a) visé au paragraphe 49(1) lorsque cet accord ou arrangement a lieu entre des institutions financières fédérales,

b) conclu exclusivement entre des personnes qui, considérées individuellement, sont des affiliées de chacune des autres,

c) ou d'un effet qui est accessoire (« accord ou effet accessoire ») à un autre accord ou arrangement (« accord principal »), notamment un accord visant l'acquisition ou la location de biens, et dont l'objectif principal n'est pas d'avoir l'un des effets visés aux alinéas (1)*a*), *b*), *c*) ou *d*) si :

(i) l'accord ou l'effet accessoire est raisonnablement nécessaire pour donner effet à l'accord principal ou s'il fait partie intégrante de l'accord principal;

(ii) il n'était pas raisonnablement prévisible, au moment où l'accord principal a été conclu, que l'accord ou l'effet accessoire aurait pour effet de réduire ou d'empêcher la concurrence,

à la condition, toutefois, que si l'objectif prédominant de l'accord principal est de réaliser des gains en efficience, les parties sont présumées ne pas avoir

conclu l'accord pour qu'il ait pour les effets visés aux alinéas (1)*a*), *b*), *c*) ou *d*),

d) visant exclusivement l'acquisition de biens, notamment des actions, lorsque l'objectif de l'accord ou de l'arrangement n'est pas d'influencer un marché de l'une des façons décrites aux alinéas (1)*a*) ou *b*).

(5) Il ne peut être entamé de procédures en application du paragraphe 45(1) contre une personne à l'encontre de laquelle :

a) une ordonnance a été demandée en vertu de l'article 77, 79 ou 92,

b) le commissaire a demandé en vertu de l'article 83 une ordonnance visant cette personne morale ou toute autre personne et que cette demande est fondée sur les mêmes faits ou sensiblement les mêmes faits que ceux qui seraient exposés dans les poursuites intentées en vertu de l'article 77, 79, 83 ou 92.

Restriction

(6) Aux fins du paragraphe (4)*b*),

a) une personne morale est présumée être affiliée à une autre personne morale si l'une d'elles détient des titres comportant suffisamment de droits de vote permettant d'élire des administrateurs de l'autre, ou des titres pouvant être convertis en titres comportant suffisamment de droits de vote pour élire des administrateurs de l'autre, de façon à, sans égard aux autres facteurs, exercer un contrôle sur l'autre ou à constituer une participation importante dans l'autre;

Objet présumé

b) une société de personnes est présumée être affiliée à une autre personne si la personne détient une participation suffisante dans la société de personnes pour avoir le droit de recevoir des bénéfices de la société de personnes ou de recevoir les actifs de la société de personnes au moment de sa liquidation, de façon à, sans égard aux autres facteurs, contrôler ou détenir une participation importante dans la société de personnes;

c) si deux personnes morales ou deux sociétés de personnes sont affiliées au même moment à la même personne morale ou à la même société de personnes en vertu des alinéas *a*) ou *b*), elles sont présumées être affiliées l'une à l'autre.

Sens large du terme « affilié(e) »

(7) Aux fins de l'alinéa (4)*d*), si la contrepartie pour les actifs qui font l'objet d'un accord ou d'un arrangement ne dépasse pas sensiblement, dans l'ensemble, la juste valeur marchande des actifs, les parties sont présumées, en l'absence de preuve à l'effet contraire, ne pas avoir conclu l'accord ou l'arrangement dans le but d'influencer un marché de l'une des façons visées aux alinéas (1)*a*) ou *b*).

Certificat

46. (1) Toute personne qui est ou devient partie à un accord ou un arrangement proposé ou conclu peut demander au commissaire de lui délivrer un certificat stipulant que le paragraphe 45(1) ne s'applique pas à l'accord ou à l'arrangement et, si un tel certificat est délivré, l'accord ou l'arrangement est exempté de l'application du paragraphe 45(1).

Conditions applicables

(2) Un certificat délivré en vertu du paragraphe (1) :

a) peut porter ou non une date d'expiration et, s'il porte une date d'expiration, l'accord ou l'arrangement visé ne sera plus exempté de l'application du paragraphe 45(1) après cette date, à moins qu'un nouveau certificat ne soit obtenu en vertu du paragraphe (1);

b) peut être délivré à certaines conditions, notamment que l'accord ou l'arrangement soit modifié avant d'être conclu ou dans une certaine période de temps, auquel cas l'accord ou l'arrangement n'est exempté de l'application du paragraphe 45(1) que si la condition ou les conditions sont remplies.

Certificat présumé

(3) Lorsqu'une demande en vertu du paragraphe (1) est faite avant la conclusion de l'accord ou de l'arrangement ou avant qu'il n'entre en vigueur, le commissaire répond dans les soixante (60) jours de la demande, à défaut de quoi le certificat est présumé avoir été accordé.

Appel

(4) Si le commissaire refuse d'accorder un certificat en vertu du paragraphe (1) ou s'il accorde le certificat en imposant une date d'expiration ou une ou plusieurs conditions :
a) la personne qui demande le certificat peut s'adresser au tribunal et demander d'être entendue s'il s'agit d'un accord ou d'un arrangement proposé;
b) la personne qui demande le certificat ne peut pas s'adresser au tribunal et demander d'être entendue s'il s'agit d'un accord ou d'un arrangement qui est déjà conclu;
dans les cas où le demandeur ne peut pas s'adresser au tribunal et demander d'être entendu, la décision du commissaire est définitive et sans appel.

Ordonnance du tribunal

(5) Lorsqu'il entend une demande en vertu de l'alinéa (4)*a*), le tribunal détermine si l'accord ou l'arrangement proposé peut vraisemblablement permettre de réaliser des gains en efficience plus grands que les effets possibles d'empêchement ou de réduction de la concurrence qui résulteront de l'accord, ou compenser les effets possibles, et rend l'ordonnance qui lui semble appropriée.

Certificats en bloc

(6) Le commissaire peut exempter de l'application du paragraphe 45(1) toute catégorie d'accord ou d'arrangement qui lui semble appropriée et, dans un tel cas, tout accord ou tout arrangement de la catégorie visée est exempté de l'application du paragraphe 45(1).

Défaut de divulguer des faits

(7) Par dérogation au paragraphe (1), si la personne qui fait la demande omet de divulguer des faits importants ou induit le commissaire en erreur relativement à tout fait important, le certificat émis est nul.

Texte proposé, articles 77, 78 et 79

Définitions

77. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.
« exclusivité »

« exclusivité » "exclusive dealing"

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client :
(i) soit fasse, seulement ou à titre principal, le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne,
(ii) soit s'abstienne de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiée de produits, sauf ceux qui sont fournis par le fournisseur ou la personne qu'il

désigne;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa *a*)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit clef selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas;

« limitation du marché » tout accord ou arrangement qui :

« limitation du marché » "market restriction"

a) a eu pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence dans un marché,

b) s'il est conclu ou mis en œuvre, aura ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence dans un marché, et comprend les accords entre concurrents, fournisseurs, clients ou autres personnes;

« ventes liées »

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit (le produit « clef »), que ce client :

(i) soit acquière du fournisseur ou de la personne que ce dernier désigne un quelconque autre produit,

« ventes liées » "tied selling"

(ii) soit s'abstienne d'utiliser ou de distribuer, avec le produit clef, un autre produit qui n'est pas une marque ou fabrication indiquée par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa *a*)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit clef selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

(2) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du commissaire, conclut que l'exclusivité ou les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou très répandues sur un marché, auront vraisemblablement :

a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une société sur un marché;

Exclusivité ou ventes liées

b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur un marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur un marché;

c) soit sur un marché quelque autre effet tendant à exclure,

et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais l'exclusivité ou les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence.

Limitation du marché

(3) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du commissaire, conclut que la limitation du marché a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence dans un marché, le Tribunal peut, par ordonnance, prescrire toute mesure nécessaire, à son avis, pour rétablir la concurrence ou pour éviter l'empêchement ou la réduction de la concurrence dans ce marché.

Cas où il ne doit

pas être rendu d'ordonnance; restriction quant à l'application de l'ordonnance

(4) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue par le présent article, lorsque, à son avis :
a) l'exclusivité ou la limitation du marché est ou sera pratiquée uniquement pendant une période raisonnable pour faciliter l'entrée sur un marché soit d'un nouveau fournisseur d'un produit soit d'un nouveau produit;
b) les ventes liées qui sont pratiquées sont raisonnables compte tenu de la connexité technologique existant entre les produits qu'elles visent;
c) les ventes liées que pratique une personne exploitant une entreprise de prêt d'argent ont pour objet de mieux garantir le remboursement des prêts qu'elle consent et sont raisonnablement nécessaires à cette fin,
et, aucune ordonnance rendue en vertu du présent article ne s'applique en ce qui concerne l'exclusivité, la limitation du marché ou les ventes liées entre des personnes morales, des sociétés de personnes et des entreprises individuelles qui sont affiliées.

Cas où la personne morale, la société de personnes ou l'entreprise unipersonnelle est affiliée

(5) Pour l'application du paragraphe (4) :
a) une personne morale est affiliée à une autre personne morale si l'une d'elle est la filiale de l'autre, si toutes deux sont des filiales d'une même personne morale ou encore si chacune d'elles est contrôlée par la même personne;
b) si deux personnes morales sont affiliées à la même personne morale au même moment, elles sont réputées être affiliées l'une à l'autre;
c) une société de personnes ou une entreprise individuelle est affiliée à une autre société de personnes, à une autre entreprise individuelle ou à une personne morale si l'une et l'autre sont contrôlées par la même personne;
d) une personne morale, société de personnes ou entreprise individuelle est affiliée à une autre personne morale, société de personnes ou entreprise individuelle en ce qui concerne tout accord entre elles par lequel l'une concède à l'autre le droit d'utiliser une marque ou un nom de commerce pour identifier les affaires du concessionnaire, à la condition :
(i) que ces affaires soient liées à la vente ou la distribution, conformément à un programme ou système de commercialisation prescrit en substance par le concédant, d'une multiplicité de produits obtenus de sources d'approvisionnement qui sont en concurrence et d'une multiplicité de fournisseurs,
(ii) qu'aucun produit ne soit primordial dans ces affaires.

Cas où les personnes sont réputées être affiliées

(6) Pour l'application du paragraphe (4) en ce qui concerne la limitation du marché, dans le cadre de tout accord par lequel une personne fournit ou fait fournir à une autre un ou des ingrédients que cette dernière transforme, après apport de travail et de matériaux, en aliments ou boissons qu'elle vend sous une marque de commerce appartenant à la première personne ou dont cette dernière est l'usager inscrit, ces deux personnes sont, à l'égard de cet accord, réputées être affiliées.
L.R. (1985), ch. C-34, art. 77; L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 45; 1999, ch. 2, art. 23 et 37, ch. 31, art. 52(F).

Définition de « agissement anticoncurrentiel »

78.(1) Pour l'application de l'article 79, « agissement anticoncurrentiel » s'entend notamment des agissements suivants :
a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de

faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;

b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce concurrent d'entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l'éliminer d'un marché;

c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but d'empêcher son entrée dans un marché ou d'y faire obstacle ou encore de l'éliminer d'un marché;

d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;

e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché;

f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes;

g) l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché;

h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché;

i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent;

j) à l'égard des exploitants d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, les agissements précisés à l'alinéa (2)*a*);

k) le fait pour l'exploitant d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, de ne pas donner accès, à des conditions raisonnables dans l'industrie, à des installations ou services essentiels à l'exploitation dans un marché d'un service aérien, au sens de ce paragraphe, ou de refuser de fournir ces installations ou services à de telles conditions;

l) le fait pour le fournisseur d'un produit, d'exiger d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client fournisse lui-même un produit quelconque uniquement sur un marché déterminé ou encore à exiger une pénalité de quelque sorte de ce client si ce dernier fournit un produit quelconque hors d'un marché déterminé

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement pris sur recommandation du ministre et du ministre des Transports :

a) préciser des agissements pour l'application de l'alinéa (1)*j*);

Règlements

b) préciser des installations ou services essentiels pour l'application de l'alinéa (1)*k*).

L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 45; 2000, ch. 15, art. 13.

Ordonnance d'interdiction dans les cas d'abus de position

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

dominante

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,
le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

Ordonnance supplémentaire ou substitutive

(2) Dans les cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anticoncurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

Restriction

(3) Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2), il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

Efficience économique supérieure

(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

Exception

(5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel.

Prescription

(6) Une demande ne peut pas être présentée en application du présent article à l'égard d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels si la pratique en question a cessé depuis plus de trois ans.

Procédures en vertu de l'article 45 ou 92

(7) Une demande ne peut être présentée en application du présent article à l'endroit d'une personne :
a) contre laquelle des procédures ont été entreprises en vertu de l'article 45;
b) contre laquelle une ordonnance est demandée en vertu de l'article 92,
si les faits qui seraient allégués dans la demande en application du présent article sont en substance les mêmes que ceux qui sont allégués dans les affaires visées à l'article 45 ou 92.
L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 45; 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37.

ANNEXE 3 : la loi actuelle

Articles 45, 45,1 et 46 actuels

Complot

45. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l'une de ces peines, quiconque complote, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne :

a) soit pour limiter, indûment, les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinage ou de négoce d'un produit quelconque;

b) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

c) soit pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens;

d) soit, de toute autre façon, pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu.

Idem

(2) Il demeure entendu qu'il n'est pas nécessaire, pour établir qu'un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement constitue l'une des infractions visées au paragraphe (1), de prouver que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement, s'il était exécuté, éliminerait ou éliminerait vraisemblablement la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur le marché auquel il se rapporte, ni que les participants, ou l'un ou plusieurs d'entre eux, visaient à éliminer la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur ce marché.

Preuve de complot

(2.1) Lors d'une poursuite intentée en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut déduire l'existence du complot, de l'association d'intérêts, de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties au complot, à l'association d'intérêts, à l'accord ou à l'arrangement, mais il demeure entendu que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

Preuve d'intention

(2.2) Il demeure entendu qu'il est nécessaire, afin d'établir qu'un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement constitue l'une des infractions visées au paragraphe (1), de prouver que les parties avaient l'intention de participer à ce complot, cette association d'intérêts, cet accord ou cet arrangement et y ont participé mais qu'il n'est pas nécessaire de prouver que les parties avaient l'intention que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement ait l'un des effets visés au paragraphe (1).

Défense

(3) Sous réserve du paragraphe (4), dans des poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal ne peut déclarer l'accusé coupable si le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement se rattache exclusivement à l'un ou plusieurs des actes suivants :

a) l'échange de données statistiques;

b) la définition de normes de produits;

c) l'échange de renseignements sur le crédit;
d) la définition de termes utilisés dans un commerce, une industrie ou une profession;
e) la collaboration en matière de recherches et de mise en valeur;
f) la restriction de la réclame ou de la promotion, à l'exclusion d'une restriction discriminatoire visant un représentant des médias;
g) la taille ou la forme des emballages d'un article;
h) l'adoption du système métrique pour les poids et mesures;
i) les mesures visant à protéger l'environnement.

(4) Le paragraphe (3) ne s'applique pas si le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement a réduit ou réduira vraisemblablement et indûment la concurrence à l'égard de l'un des sujets suivants :
a) les prix;
b) la quantité ou la qualité de la production;

Exception

c) les marchés ou les clients;
d) les voies ou les méthodes de distribution,

ou si le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement a restreint ou restreindra vraisemblablement les possibilités pour une personne d'entrer dans un commerce, une industrie ou une profession ou d'accroître une entreprise commerciale, industrielle ou professionnelle.

Défense

(5) Sous réserve du paragraphe (6), dans des poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal ne peut déclarer l'accusé coupable si le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement se rattache exclusivement à l'exportation de produits du Canada.

(6) Le paragraphe (5) ne s'applique pas si le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement, selon le cas :
a) a eu pour résultat ou aura vraisemblablement pour résultat une réduction ou une limitation de la valeur réelle des exportations d'un produit;

Exception

b) a restreint ou restreindra vraisemblablement les possibilités pour une personne d'entrer dans le commerce d'exportation de produits du Canada ou de développer un tel commerce;
c) a empêché ou diminué la concurrence indûment dans la fourniture de services visant à promouvoir l'exportation de produits du Canada, ou aura vraisemblablement un tel effet.
d) [Abrogé, L.R. (1985), ch. 19 (2^{e} suppl.), art. 30]

Moyens de défense

(7) Dans les poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal ne peut déclarer l'accusé coupable s'il conclut que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement se rattache exclusivement à un service et à des normes de compétence et des critères d'intégrité raisonnablement nécessaires à la protection du public :
a) soit dans l'exercice d'un métier ou d'une profession rattachés à ce service;
b) soit dans la collecte et la diffusion de l'information se rapportant à ce service.

Exception

(7.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à un accord ou à un arrangement visé au paragraphe 49(1) lorsque cet accord ou arrangement a lieu entre des institutions financières fédérales.

Exception

(8) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu exclusivement entre des

personnes morales qui, considérées individuellement, sont des affiliées de chacune des autres personnes morales en question.
L.R. (1985), ch. C-34, art. 45; L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 30; 1991, ch. 45, art. 547, ch. 46, art. 590, ch. 47, art. 714.

Demande en vertu de l'article 79 ou 92

45.1 Il ne peut être entamé de procédures en application du paragraphe 45(1) contre une personne qui fait l'objet d'une demande d'ordonnance en vertu de l'article 79 ou 92 lorsque les faits soulevés au soutien de la demande d'ordonnance sont les mêmes ou en substance les mêmes que ceux qui seraient soulevés dans les procédures prévues à ce paragraphe.
L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 31.

Directives étrangères

46. (1) Toute personne morale, où qu'elle ait été constituée, qui exploite une entreprise au Canada et qui applique, en totalité ou en partie au Canada, une directive ou instruction ou un énoncé de politique ou autre communication à la personne morale ou à quelque autre personne, provenant d'une personne se trouvant dans un pays étranger qui est en mesure de diriger ou d'influencer les principes suivis par la personne morale, lorsque la communication a pour objet de donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu à l'étranger qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une infraction visée à l'article 45, commet, qu'un administrateur ou dirigeant de la personne morale au Canada soit ou non au courant du complot, de l'association d'intérêts, de l'accord ou de l'arrangement, un acte criminel et encourt, sur déclaration de culpabilité, une amende à la discrétion du tribunal.

Restriction

(2) Aucune poursuite ne peut être intentée en vertu du présent article contre une personne morale déterminée lorsque le commissaire a demandé en vertu de l'article 83 de rendre une ordonnance contre cette personne morale ou toute autre personne et que cette demande est fondée sur les mêmes faits ou sensiblement les mêmes faits que ceux qui seraient exposés dans les poursuites intentées en vertu du présent article.
L.R. (1985), ch. C-34, art. 46; L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 32; 1999, ch. 2, art. 37.

Articles 77, 78 et 79 actuels

Définitions

77. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« exclusivité »
« exclusivité »
"exclusive dealing"

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client :
(i) soit fasse, seulement ou à titre principal, le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne,
(ii) soit s'abstienne de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiée de produits, sauf ceux qui sont fournis par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa *a)*(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

« limitation du marché » "market restriction"

« limitation du marché » La pratique qui consiste, pour le fournisseur d'un produit, à exiger d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client fournisse lui-même un produit quelconque uniquement sur un marché déterminé ou encore à exiger une pénalité de quelque sorte de ce client si ce dernier fournit un produit quelconque hors d'un marché déterminé.

« ventes liées »

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit (le produit « clef »), que ce client :

(i) soit acquière du fournisseur ou de la personne que ce dernier désigne un quelconque autre produit,

« ventes liées » "tied selling"

(ii) soit s'abstienne d'utiliser ou de distribuer, avec le produit clef, un autre produit qui n'est pas d'une marque ou fabrication indiquée par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa *a)*(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit clef selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

Exclusivité ou ventes liées

(2) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du commissaire, conclut que l'exclusivité ou les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou très répandues sur un marché, auront vraisemblablement :

a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur un marché;

b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur un marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur un marché;

c) soit sur un marché quelque autre effet tendant à exclure,

et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais l'exclusivité ou les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence.

Limitation du marché

(3) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du commissaire, conclut que la limitation du marché, en étant pratiquée par un important fournisseur d'un produit ou très répandue à l'égard d'un produit, réduira vraisemblablement et sensiblement la concurrence à l'égard de ce produit, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de se livrer désormais à la limitation du marché et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour rétablir ou favoriser la concurrence à l'égard de ce produit.

Cas où il ne doit pas être rendu d'ordonnance; restriction quant à l'application de l'ordonnance

(4) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue par le présent article, lorsque, à son avis :

a) l'exclusivité ou la limitation du marché est ou sera pratiquée uniquement pendant une période raisonnable pour faciliter l'entrée sur un marché soit d'un nouveau fournisseur d'un produit soit d'un nouveau produit;

b) les ventes liées qui sont pratiquées sont raisonnables compte tenu de la

connexité technologique existant entre les produits qu'elles visent;
c) les ventes liées que pratique une personne exploitant une entreprise de prêt d'argent ont pour objet de mieux garantir le remboursement des prêts qu'elle consent et sont raisonnablement nécessaires à cette fin,
et, aucune ordonnance rendue en vertu du présent article ne s'applique en ce qui concerne l'exclusivité, la limitation du marché ou les ventes liées entre des personnes morales, des sociétés de personnes et des entreprises individuelles qui sont affiliées.

(5) Pour l'application du paragraphe (4) :
a) une personne morale est affiliée à une autre personne morale si l'une d'elle est la filiale de l'autre, si toutes deux sont des filiales d'une même personne morale ou encore si chacune d'elles est contrôlée par la même personne;
b) si deux personnes morales sont affiliées à la même personne morale au même moment, elles sont réputées être affiliées l'une à l'autre;

Cas où la personne morale, la société de personnes ou l'entreprise unipersonnelle est affiliée

c) une société de personnes ou une entreprise individuelle est affiliée à une autre société de personnes, à une autre entreprise individuelle ou à une personne morale si l'une et l'autre sont contrôlées par la même personne;
d) une personne morale, société de personnes ou entreprise individuelle est affiliée à une autre personne morale, société de personnes ou entreprise individuelle en ce qui concerne tout accord entre elles par lequel l'une concède à l'autre le droit d'utiliser une marque ou un nom de commerce pour identifier les affaires du concessionnaire, à la condition :
(i) que ces affaires soient liées à la vente ou la distribution, conformément à un programme ou système de commercialisation prescrit en substance par le concédant, d'une multiplicité de produits obtenus de sources d'approvisionnement qui sont en concurrence et d'une multiplicité de fournisseurs,
(ii) qu'aucun produit ne soit primordial dans ces affaires.

Cas où les personnes sont réputées être affiliées

(6) Pour l'application du paragraphe (4) en ce qui concerne la limitation du marché, dans le cadre de tout accord par lequel une personne (la « première» personne ») fournit ou fait fournir à une autre personne (la « seconde» personne ») un ou des ingrédients que cette dernière transforme, après apport de travail et de matériaux, en aliments ou boissons qu'elle vend sous une marque de commerce appartenant à la première personne ou dont cette dernière est l'usager inscrit, ces deux personnes sont, à l'égard de cet accord, réputées être affiliées.
L.R. (1985), ch. C-34, art. 77; L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 45; 1999, ch. 2, art. 23 et 37, ch. 31, art. 52(F).

Définition de « agissement anti-concurrentiel »

78. (1) Pour l'application de l'article 79, « agissement anti-concurrentiel » s'entend notamment des agissements suivants :
a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;
b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce concurrent d'entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l'éliminer d'un marché;

c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but d'empêcher son entrée dans un marché ou d'y faire obstacle ou encore de l'éliminer d'un marché;
d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;
e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché;
f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes;
g) l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché;
h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché;
i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent;
j) à l'égard des exploitants d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, les agissements précisés à l'alinéa (2)*a*);
k) le fait pour l'exploitant d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, de ne pas donner accès, à des conditions raisonnables dans l'industrie, à des installations ou services essentiels à l'exploitation dans un marché d'un service aérien, au sens de ce paragraphe, ou de refuser de fournir ces installations ou services à de telles conditions.

Règlements

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement pris sur recommandation du ministre et du ministre des Transports :
a) préciser des agissements pour l'application de l'alinéa (1)*j*);
b) préciser des installations ou services essentiels pour l'application de l'alinéa (1)*k*).
L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 45; 2000, ch. 15, art. 13.

Ordonnance d'interdiction dans les cas d'abus de position dominante

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :
a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;
c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,
le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

Ordonnance supplémentaire ou substitutive

(2) Dans les cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura

vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

Restriction

(3) Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2), il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

Efficience économique supérieure

(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

Exception

(5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.

Prescription

(6) Une demande ne peut pas être présentée en application du présent article à l'égard d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels si la pratique en question a cessé depuis plus de trois ans.

Procédures en vertu de l'article 45 ou 92

(7) Une demande ne peut être présentée en application du présent article à l'endroit d'une personne :

a) contre laquelle des procédures ont été entreprises en vertu de l'article 45;

b) contre laquelle une ordonnance est demandée en vertu de l'article 92,

si les faits qui seraient allégués dans la demande en application du présent article sont en substance les mêmes que ceux qui sont allégués dans les affaires visées à l'article 45 ou 92.

L.R. (1985), ch. 19 (2^{e} suppl.), art. 45; 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37.

ANNEXE 4 : Exemples

Exemple 1 : *Convention de cessation du risque de crédit*

Hypothèse : X et Y sont des concurrents; ils fabriquent tous deux des bidules et s'entendent pour cesser de faire affaire avec Z, client commun, à cause de sa faible cote de crédit.

Discussion : Même si l'accord a peut-être pour *objet* d'éliminer le risque de crédit, rien n'empêchait les concurrents d'arriver unilatéralement à la décision de cesser d'approvisionner le client commun; par conséquent, l'accord ou l'arrangement est soumis aux dispositions du paragraphe 45(1) et doit faire l'objet de poursuites car en l'absence d'un certificat d'autorisation du commissaire, un accord entre concurrents relativement à la clientèle ne doit jamais être toléré.

Exemple 2 : *Consortium d'achat*

Hypothèse : Deux concurrents, X et Y, créent une personne morale qui sera leur agent d'achat à l'égard d'un groupe défini de composants dont ils ont besoin pour fabriquer des bidules.

Discussion : En vertu du paragraphe 45(1), l'accord de créer et d'exploiter une personne morale comme un consortium d'achat a clairement pour objet de fixer les prix payés par les acheteurs, mais comme X et Y ne semblent pas être en concurrence *dans le marché touché par l'objet ou l'effet de l'accord*, l'alinéa 45(1)*a*) peut ne pas s'appliquer à l'accord. Toutefois, puisque l'accord est conclu en vue d'influencer les relations avec les fournisseurs, il est soumis aux dispositions de l'alinéa 45(1)*d*). Nous pensons néanmoins qu'en règle générale, il plus approprié de traiter ce type d'accord comme un abus de la dominance conjointe ou un complot civil et, à cet égard, l'article 77 ou l'article 79 peuvent être invoqués si l'arrangement a un impact considérable sur la concurrence. Nous espérons que si le texte proposé est adopté, une exemption générale serait accordée pour confirmer l'approche que nous préconisons.[198]

Exemple 3 : *Complot vertical*

Hypothèse : Z, fournisseur de bidules, convient de cesser d'approvisionner Y, nouveau joueur sur le marché de la distribution des bidules en C.-B., après que X, distributeur dominant sur ce marché, a eu exercé des pressions à cette fin.

Discussion : Le paragraphe 45(1) du texte proposé ne s'applique pas à l'accord entre X car les parties ne sont pas des concurrents. Les agissements de X et de Z peuvent être étudiés en vertu de l'article 77 (du texte proposé), de l'article 79 (de la *Loi sur la concurrence*) et de la responsabilité civile délictuelle, des paragraphes 61(1) et (6) (de la *Loi sur la concurrence*) selon les circonstances.[199]

---

198 Voir Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1953* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1953), p. 17 (« Rapport sur les produits de l'érable »). Plusieurs affaires américaines traduisent également une approche plus discrète à l'égard des groupes d'achats puisque, de prime abord, l'objet de l'accord vise à réduire les coûts et réaliser des gains en efficience administratifs plutôt que de nuire à l'économie. Voir *Northwest Wholesale Stationers* c. *Pacific Stationery & Printing Co.* (1985), 472 U.S. 284, p. 295; *All Care Nursing Service* c. *High Tech Staffing Services* (1998), 135 F.3d. 740 (11th Cir.), *cert. denied* 1999 U.S. Lexis 1892; *Langston Corp.* c. *Standard Registry Co.* (1982), 553 F.Supp. 632 (N.Dist. Ga.).

199 Voir Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1965* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1965), p. 30 (« Rapport concernant la production, la distribution et la vente du propane en Colombie-Britannique »).

Exemple 4 : *Clause de non-concurrence dans un bail*

Hypothèse : Supposons que X loue de Y un espace dans un centre commercial en vue d'y offrir les services de Bidules à la clientèle. Dans le bail, Y s'engage à ne pas louer de local du centre commercial à une personne qui serait en concurrence avec X.

Discussion : X et Y n'étant pas des concurrents, le paragraphe 45(1) ne s'applique pas; si la restriction avait comme effet *d'empêcher* la concurrence, le commissaire pourrait présenter au tribunal une demande en vertu de l'article 77 (du texte proposé).

Exemple 5 : *Contrat d'achat*

Hypothèse : X et Y produisent tous deux des résidus de bidules. Les résidus-bidules sont un sous-produit des activités de X (production secondaire ou involontaire) tandis que Y fabrique les résidus-bidules en provoquant une réaction chimique (production volontaire). X propose que Y lui achète les résidus-bidules plutôt que de continuer à les produire.

Discussion : En vertu du texte proposé, un simple accord d'achat ne serait pas soumis aux dispositions du paragraphe 45(1), à moins que l'une des conditions, explicite ou implicite, de l'accord ne soit que l'acheteur élimine ou réduise la production. Il est par contre possible que l'accord soit considéré comme si X y reconnaît clairement que la vente du produit à Y entraînerait une restriction ou l'élimination de la production dans le marché. Dans la mesure où l'arrangement a cet effet accessoire et où cet effet n'est pas celui qui empêche ou réduit *sensiblement* la concurrence (ou, plus précisément, que cet effet n'était pas raisonnablement prévisible au moment où le contrat a été conclu), l'arrangement survivrait à un examen en vertu de l'alinéa 45(4)*c*) puisque l'effet accessoire est soit raisonnablement nécessaire soit partie intégrante de l'achat d'un produit de rechange par l'intermédiaire de Y.[200]

Exemple 6 : *Achat de propriété intellectuelle*

Hypothèse : Présumons que X et Y sont en concurrence pour la fabrication et la vente de bidules, et qu'ils sont en concurrence avec Z, le seul autre producteur de bidules au Canada. X, qui est aux prises avec de sérieux problèmes financiers, fabrique beaucoup d'autres produits et convient de conclure un contrat d'achat avec Y; en vertu de ce contrat, X accordera à Y une licence d'exploitation de son brevet pour la fabrication des bidules contre paiement d'un montant d'argent, cessera de produire les bidules sauf à la demande de Y, communiquera sa liste de clients à Y, lui cédera tous ses contrats de vente et lui permettra d'engager certains de ses employés du marketing et des services techniques.

Discussion : L'analyse doit déterminer si l'objectif principal de Y est d'acquérir les actifs de X ou d'en arriver à une fermeture et à une convention de non-concurrence. La position de Y qu'il n'a pas conclu l'accord ou l'arrangement en vue de nuire à la concurrence sera renforcée si la considération payée pour les actifs n'est pas sensiblement supérieure à leur juste valeur marchande. Donc, si Y n'avait pas l'intention de nuire à la concurrence, *l'objectif* de la transaction n'est pas d'éliminer ou de réduire la production ou les activités de marketing; ces effets sont plutôt accessoires et raisonnablement nécessaires à l'accord principal et en font partie intégrante. Dans un tel cas, à moins qu'il ait été raisonnablement prévisible que l'accord aurait pour résultat d'empêcher ou de réduire *sensiblement* la concurrence, l'accord est protégé en vertu de l'alinéa

---

200 Voir *Allied Chemicals*, note 12, *supra*.

45(4)*c*). Sinon, si les actifs tangibles et intangibles sont accessoires à l'objectif d'obtenir de X une convention de non-concurrence, le paragraphe 45(1) condamnerait - et doit condamner - l'accord.[201]

Exemple 7 : *Membres d'une association professionnelle*

Hypothèse : Une association professionnelle active dans le domaine de l'environnement et de la sécurité en ce qui a trait à la production et à la vente de bidules a élaboré un plan de mesures d'urgence (PMU) qu'elle offre à tous ses membres. Le PMU offert par l'association professionnelle réduit de beaucoup les coûts de la couverture des situations d'urgence; par conséquent l'accès au PMU est important pour assurer la réussite des nouveaux membres. Le comité exécutif de l'association professionnelle détermine qu'un nouveau membre, X, ne satisfait pas aux critères financiers établis afin de bénéficier du PMU et d'en faire partie.

Discussion : Si le refus a véritablement pour objet d'empêcher ou de restreindre l'entrée ou l'expansion du nouveau membre dans le marché, le paragraphe 45(1) condamne la décision du comité exécutif de refuser l'adhésion du nouveau membre. (Nous avons présumé que le comité exécutif est composé de concurrents de X qui sont actifs dans le même marché et que, par conséquent, la décision des membres du comité exécutif peut être considérée comme un accord entre concurrents.) Par contre, si le but du refus est une préoccupation véritable à propos de la stabilité financière du nouveau venu et de l'augmentation des coûts liés au PMU si X devenait membre de l'association, mais que l'effet du refus est néanmoins d'empêcher son entrée ou son expansion dans un marché, ces effets seraient accessoires à l'accord. Dans ce cas, le refus serait possible, à moins qu'il ne soit raisonnablement prévisible que la concurrence sera sensiblement réduite ou empêchée.[202]

Exemple 8 : *Prospection minière, mise en valeur, production et coentreprise de commercialisation*

Hypothèse : X et Y forment une coentreprise minière pour découvrir du bidulonium en Colombie-Britannique. La coentreprise est formée parce que X est propriétaire de terres où se trouve potentiellement un gisement de bidulonium, mais X a surtout cherché à découvrir de l'or et n'a pas vraiment l'intention d'engager des fonds pour la prospection de bidulonium. Par contre, Y est un producteur de bidulonium. L'accord conclu entre X et Y prévoit la prospection, la mise en valeur, la production et la commercialisation conjointes du bidulonium. Le marché mondial du bidulonium ne compte que quelques producteurs, dont Y. La prospection révèle que les terres renferment un dépôt exploitable de bidulonium et une mine s'installe.

Discussion : Puisque l'arrangement de commercialisation était enchâssé dans l'accord de coentreprise depuis le tout début, il est considéré comme faisant *partie intégrante* de la coentreprise et, si l'on présume qu'au moment où la coentreprise a été formée, il n'était pas raisonnablement prévisible qu'un gisement serait découvert, il n'y a pas de fondement raisonnable à l'argument que les parties auraient raisonnablement dû prévoir un impact sur la concurrence.[203]

---

201 Voir Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1971* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1971), p. 52. (« Matériaux de construction »).

202 Voir *Northwest Wholesale Stationers, Inc.* c. *Pacific Stationary & Printing Co.* (1985), 472 U.S. 284; *American Society of Mech. Eng.* c. *Hydrolevel Corp.* (1982), 456 U.S. 556, *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, note 64, *supra*, ¶ 165.

203 Voir *Pasminco Ltd., Australian Mining and Smelting Ltd.*, [1988] ATPR (Com.) 50-082. En Europe, les coentreprises concernant les activités de production et de commercialisation sont généralement acceptables lorsque les entreprises ne détiennent pas sur le marché pertinent une part de marché globale de plus de 20 p. 100 à 30 p. 100. (Règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement, que l'on trouve à

Exemple 9 : *Accord de spécialisation*

Hypothèse : X et Y produisent, distribuent et mettent en marché du tructane, un mazout léger, à Terre-Neuve et à l'Île-du-Prince-Édouard. Les deux exploitent, dans les deux provinces, des installations terminales qu'ils utilisent exclusivement mais non entièrement. X permet à Y d'utiliser ses installations terminales de l'Île-du-Prince-Édouard sur une base de frais partagés et Y permet à Y de faire de même avec ses installations terminales de Terre-Neuve. L'arrangement permet à X et à Y d'économiser des ressources en cessant d'exploiter deux installations inutilisées.

Discussion : Si l'on présume que (i) l'arrangement n'a pas d'effets de forculsion importants : comme il n'y pas d'autres distributeurs de tructane, aucun distributeur n'est exclu du marché ni susceptible d'y entrer (et par conséquent il n'est pas raisonnablement prévisible que la concurrence peut être empêchée ou réduite sensiblement) et (ii) comme X et Y continuent d'être en concurrence à tous les autres égards pour ce qui est de la distribution et de la commercialisation en aval du tructane, un tribunal devrait conclure que l'arrangement avait pour objet de donner à chacun de X et Y accès à des installations de terminal et qu'il a comme effet accessoire et raisonnablement nécessaire, ou entraîne une restriction accessoire qui fait toutefois partie intégrante de l'arrangement en vertu de l'alinéa 45(4)*c*) du texte proposé.[204]

Exemple 10 : *Alliance stratégique de commercialisation*

Hypothèse : X vend des bidules uniquement à l'est de la frontière entre l'Ontario et le Manitoba à cause des restrictions liées au transport tandis que, pour les mêmes motifs, Y ne vend des bidules qu'à l'ouest de la frontière entre l'Ontario et le Québec. X et Y forment une alliance stratégique afin de faire concurrence à Z, seul distributeur des bidules à l'échelle du pays, et pour s'adresser aux clients nationaux. Ils concluent une entente relativement à un groupe de clients auxquels ils ne pourraient pas s'adresser individuellement et conviennent des prix qui seront offerts à ces clients.

---

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!JO_RefPub&serie_jo=L&an_jo=2000&nu_jo=304&pg_jo=0003&lg=FR (29 novembre 2000) (ci-après « *Exemption générale pour la R-D* ») et *Exemption générale des accords de spécialisation*, note 72, *supra*); cette règle refuge était précédemment réduite à 10 p. 100 lorsque la coentreprise concernait les activités de commercialisation, mais les exemptions reconnaissent maintenant le fait que « l'exploitation en commun des résultats [d'une coentreprise] peut être considérée comme l'aboutissement naturel [de la coentreprise] » – *Exemption générale pour la R-D*, (11) et article 5, paragraphe 2; *Exemption générale des accords de spécialisation*, article 5(2). Voir aussi *Communication de la Commission sur les entreprises communes à caractère coopératif*, note 64, *supra*, ¶¶ 44 à 51, 63 et 64. Aux États-Unis, les Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents, note 36, *supra*, qui ont été adoptées en avril 2000, prévoient également une règle refuge fondée sur une part de marché de 20 p. 100 pour les efforts de collaboration entre ou parmi concurrents. Il faut toutefois souligner que le *National Cooperative Research and Production Act of 1993*, 15 U.S.C.A. §§ 4301-4305, qui protège certaines coentreprises entre ou parmi concurrents, exclut la protection de tout accord ou restriction « ... concernant la commercialisation ... de tout produit ... autre que (A) la distribution entre les parties à une telle coentreprise, en accord avec une telle coentreprise, d'un produit, d'un processus ou d'un service produit par une telle coentreprise » [traduction].

204 Voir *Commissaire de la concurrence* c. *Ultramar Ltée*, [2000] Trib. de la concurrence 4; Z. Chen et T. Ross, « Strategic Alliances, Shared Facilities, and Entry Deterrence » (été 2000) 31 The RAND J. Econ. 326. L'incidence sur la concurrence pourrait probablement être qualifiée de « restriction » si les parties convenaient explicitement de fermer leurs terminaux inutilisés respectifs; sinon, l'incidence sur la concurrence correspondrait à l'évidence à un effet accessoire de l'accord. La création d'une restriction, par opposition à un effet, tendrait à exposer davantage les parties à la conclusion, de la part d'un tribunal, que l'accord visait à influencer la concurrence même si les parties devraient être en mesure de démontrer l'objet véritable de l'arrangement nonobstant sa forme. Néanmoins, nous supposons qu'en quête d'assurance et de certitude, les avocats spécialistes de la concurrence voudraient demander un certificat d'autorisation dans le cas d'une « restriction »; nous savons que l'exemption d'une telle transaction enlèverait essentiellement toute pertinence au processus accessible en vertu de l'article 86 sur les accords de spécialisation.

Discussion : L'alliance stratégique constitue une infraction aux dispositions du paragraphe 45(1) du texte proposé dans la mesure où les clients nationaux ne sont pas considérés comme constituant un marché distinct[205] et X et Y sont par conséquent considérés comme des concurrents dans le grand marché des bidules. Toutefois, si l'on présume que les effets négatifs de l'alliance stratégique sont (i) une stabilisation mineure des prix en Ontario en conséquence des communications entre X et Y sur la stratégie d'établissement de prix appropriée en ce qui a trait aux clients nationaux et (ii) la répartition de l'approvisionnement aux clients nationaux le long des limites territoriales, nous pensons que l'alliance stratégique serait exemptée en vertu de l'alinéa 45(4)*c*) parce qu'il est vraisemblable que ces effets ne réduiraient pas *sensiblement* la concurrence (et qu'il n'est pas raisonnablement prévisible qu'ils auraient cet effet). Quoique l'alliance stratégique entraîne clairement des effets favorables à la concurrence, notamment une augmentation de l'approvisionnement et une possibilité d'expansion dans le marché des bidules, nous soulignons que l'exemption des restrictions accessoires prévue dans le texte proposé ne permettrait pas que ces effets favorables à la concurrence soient opposés aux effets négatifs sur la concurrence. S'il est prévu que les effets négatifs seront importants, un certificat d'autorisation devra être demandé.[206]

Exemple 11 : *Coentreprise de recherche et développement en technologie*

Hypothèse : X est un centre de recherche universitaire qui a conçu une technologie relative aux automobiles fonctionnant à l'hydrogène. Ses efforts ont visé à produire de l'hydrogène comme combustible liquide pour en faciliter la distribution à grande échelle par l'infrastructure existante de stockage et de distribution de l'essence. X convient de céder à Y, qui fait de la recherche-développement semblable à celle de X, des droits exclusifs sur la technologie en contrepartie d'importants investissements en capital pour l'aider dans ses efforts de commercialisation.

Discussion : En vertu du texte proposé, une question sérieuse se pose dès le départ, à savoir s'il existe un accord ou un arrangement entre *concurrents*. X et Y ne sont certainement pas des concurrents en ce qui a trait au marché pour le *produit* de leur recherche, parce que ce marché n'existe pas encore. Par contre, ils seraient considérés comme des concurrents sur le marché de *l'innovation* dans la mesure où ce marché serait reconnu par le texte proposé et la loi canadienne.[207] Si l'on présume qu'il est juste de considérer X et Y comme concurrents, le traitement de la coentreprise en vertu du texte proposé serait fonction de divers facteurs : (i) en premier lieu, l'intention de Y : si Y a l'intention de conclure la transaction principalement dans le but d'immobiliser une technologie potentiellement concurrentielle et, par conséquent, de freiner les tentatives de X et des titulaires de licence éventuels pour se tailler une place dans la production et la distribution de carburant liquide à base d'hydrogène, l'alinéa 45(1)*c*) s'appliquera et la

---

205 Voir *Propane*, note 176, *supra*.

206 Voir *Broadcast Music, Inc.* c. *CBS* (1979), 441 U.S. 1; *NCAA* c. *Board of Regents of University of Oklahoma* (1984), 468 U.S. 85; *Timken Roller Bearing Co.* c. *U.S.* (1951), 341 U.S. 593; *U.S.* c. *Sealy, Inc.* (1967), 388 U.S. 350; *U.S.* c. *Topco Associates, Inc.* (1972), 405 U.S. 596; *Continental T.V., Inc.* c. *GTE Sylvania, Inc.* (1977), 433 U.S. 36; *Assn of Indep. Television Stations* c. *College Football Assn.* (1986), 637 F. Supp. 1289 (W.D.Okla.); *Palmer* c. *BRG of Georgia, Inc.* (1990), 498 U.S. 46; *Transocean Marine Paint Assoc'n*, [1967] C.M.L.R. D9; *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, note 64, *supra*, ¶ 156 (exemple 1).

207 Voir U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (6 avril 1995), p. 11 : « un marché d'innovation est la recherche-développement visant des biens ou des procédés particulièrement nouveaux et innovateurs ainsi que les proches substituts de cette recherche-développement » [traduction]; Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents, note 36, *supra*, p. 17; *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, note 64, *supra*, p. ¶ 50, *et seq.*; mais voir aussi Bureau de la concurrence, *Propriété intellectuelle : Lignes directrices pour l'application de la loi*, que l'on trouve à http://strategis.ic.gc.ca/SSI/ctf/ipegs-f.pdf (consulté le 7 août 2001), p. 11, qui préconise une démarche opposée. Voir aussi C.S. Goldman et J.D. Bodrug, « Antitrust Law and Innovation – Limits on Joint Research & Development and Inter-Company Communication in Canada » (1995), 21 Can.-U.S. L.J. 127.

coentreprise sera illégale en soi; (ii) par contre, si plusieurs autres entreprises tentent de développer une technologie semblable, les risques liés à la commercialisation de la technologie sont élevés et l'accord intervenu entre Y et X améliore les chances de réussite de leurs efforts de commercialisation, l'arrangement prévoyant que X n'accordera pas à d'autres de licence pour l'exploitation de la technologie devra être considérée comme accessoire et raisonnablement nécessaire à l'accord principal portant sur le financement, et ce dernier serait protégé en vertu de l'alinéa 45(4)*c*).[208]

Exemple 12 : *Agent de marketing Newco*

Hypothèse : Un certain nombre de producteurs de bidules créent une société (« Newco ») en vue d'améliorer l'efficacité de leur marketing et d'augmenter les ventes de leurs produits. Chaque producteur est actionnaire de Newco et a droit d'être membre du conseil d'administration de la société.

Discussion : Il est clair que l'arrangement a pour objet d'attibuer des clients à Newco et, peut-être, d'influencer indirectement les prix dans le marché. En outre, l'accord ou l'arrangement ne comporte pas d'acquisition pure et simple d'actions; plutôt, pour que l'accord ou l'arrangement atteigne son objectif, il doit y avoir engagement d'approvisionner Newco, ce qui fait en sorte que l'accord ou l'arrangement n'est pas admissible à l'exemption prévue à l'alinéa 45(4)*d*). Les producteurs auraient tout de même le loisir de demander un certificat d'autorisation au commissaire, certificat qui sera délivré si les producteurs sont en mesure de démontrer que l'accord ou l'arrangement permettra de réaliser des gains en efficience importants et ne présente qu'un risque minime d'impact sur la concurrence.[209]

---

208 Voir Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1973* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1973), p. 53 (« Matières synthétiques »); *SCM Corp.* c. *Xerox Corp.* (1981), 645 F. 2d 1195 (2d Cir.); voir aussi *Berkey Photo, Inc.* c. *Eastman Kodak Co.* (1979), 603 F.2d 263, 299-304 (2d Cir.), *cert. denied* (1980) 444 U.S. 1093; *Communication de la Commission sur les accords de coopération horizontale*, note 64, *supra*, ¶ 76 (exemple 2); *Communication de la Commission sur les entreprises communes à caractère coopératif*, note 64, *supra*, ¶ 37. Aux États-Unis, le ministère de la Justice et la Federal Trade Commission ont mis en place une règle refuge pour les coentreprises visant la recherche-développement : « sauf circonstances extraordinaires, les organismes ne contestent pas une collaboration entre concurrents en raison d'effets sur la concurrence sur un marché d'innovation où au moins trois projets de recherche indépendants, en plus de ceux de la collaboration, possèdent les actifs ou caractéristiques spécialisés nécessaires et la motivation de se livrer à de la R-D qui est un proche substitut de l'activité R-D de la collaboration » [traduction] – Lignes directrices américaines sur la collaboration entre concurrents, note 36, *supra*, p. 26-7.

209 Voir *Container Materials*, note 12, *supra*; Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, *Rapport annuel pour l'année financière terminée le 31 mars 1971* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1971), p. 52 (« Matériaux de construction »); *Virginia Excelsior Mills, Inc.* c. *Federal Trade Commission* (1958), 256 F.2d 538 (4th Cir.); *U.S.* c. *American Smelting and Refining Co.*, (1960), 182 F. Supp. 834 (S.D.N.Y.); *Hudson's Bay Co. Fur Sales, Inc.* c. *American Legend Cooperative* (1986), 651 F. Supp. 819 (D.N.J.); *Appalachian Coals, Inc.* c. *U.S.* (1933), 288 U.S. 344.